RUBENS GRANJA

**A CULPA COMO CRITÉRIO PARA A
QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Dissertação de Mestrado em Direito Civil

Orientadora: Professora Associada Patrícia Faga Iglecias Lemos

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2013

RUBENS GRANJA

**A culpa como critério para a
quantificação do dano**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação da Professora Associada Patrícia Faga Iglecias Lemos

SÃO PAULO

2013

Nome: GRANJA, Rubens

Título: A culpa como critério para a quantificação do dano

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de
Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de
Mestre

Aprovado em:

Banca Examinadora

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À minha noiva e aos meus pais, com amor, admiração e gratidão pela compreensão, carinho, presença e incansável apoio durante o longo período de elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Patrícia Faga Iglecias Lemos pela confiança depositada em mim durante todo esse processo e pelos valiosíssimos conselhos e palavras de incentivo, que certamente foram essenciais para que eu chegasse à conclusão deste trabalho.

Agradeço também à minha querida chefe e amiga, Beatriz Mesquita de Arruda Camargo Kestener, por todo o apoio e atenção dedicados a mim não apenas durante a confecção deste trabalho, mas durante todos os muitos anos em que trabalhamos e convivemos diariamente.

Agradeço ainda aos colegas de trabalho e da vida que me ajudaram no desenvolvimento desta dissertação, seja em acaloradas discussões jurídicas, seja revisando e opinando sobre o texto produzido. Neste aspecto, agradeço especialmente aos amigos Pedro Conde Elias Vicentini e Beatriz Veiga Carvalho.

Agradeço aos professores e colegas da Universidade de Stanford, onde obtive meu *Master's Degree* no ano de 2012, onde tive acesso a muitas das obras e conceitos que servem de base para este trabalho, e onde certamente cresci imensamente como pessoa e como homem. Agradeço, em especial, ao Professor A. Mitchell Polinsky, autor do estudo que serve de inspiração para a porção mais desafiadora deste trabalho, pelas horas de dedicação e debate.

Agradeço imensamente aos meus pais, Eduardo Granja e Maria Aparecida Granja, por tornarem esse momento possível. Não há palavras que possam expressar a gratidão por todos os anos de dedicação absoluta, de apoio incondicional: muito maior do que podiam, certamente menor do que queriam. Passarei uma vida agradecendo e não será o bastante. Muito obrigado por tudo.

Agradeço, por fim, à minha noiva, Larissa Klumpp Martinez Meirinho Magalhães, companheira de todos os dias e de todos os desafios, por fazer da minha vida uma história mais feliz, repleta de sonhos e conquistas. Agradeço por ser capaz de me apoiar até mesmo nos momentos mais improváveis. Por me fazer um ser humano melhor e mais completo. Obrigado, meu amor. Espero retribuir cada segundo de dedicação com meu amor infinito.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a culpa como critério para majoração da indenização em casos de danos decorrentes de condutas altamente reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. O tema é apresentado no âmbito da crise paradigmática vivida pela responsabilidade civil nos dias atuais: a responsabilidade civil afasta-se do paradigma da reparação para se aproximar do paradigma da prevenção de danos. Diante desse contexto, propõe-se a retomada da culpa, não mais como pressuposto da responsabilidade civil, mas agora no papel de critério para a quantificação da indenização. Para demonstrar a utilidade e viabilidade desta proposta, o trabalho segue três caminhos. Inicialmente, analisa-se o instituto dos *punitive damages*, à luz, principalmente, do direito norte-americano. Entende-se que o referido instituto representa uma experiência bem sucedida do uso da culpa como instrumento de prevenção de danos e dissuasão de condutas reprováveis. Em segundo lugar, recorre-se à literatura estrangeira para promover uma detalhada análise econômica dos *punitive damages*, com o intuito de demonstrar a eficácia e utilidade do instituto. Por fim, examina-se a viabilidade e adequação de uma possível indenização punitiva diante do atual sistema de responsabilidade civil brasileiro. Neste ponto, busca-se identificar o fundamento legal da indenização punitiva, analisando se este novo instituto resiste às críticas que o acusam de ilegalidade. Superado o ceticismo com relação ao instituto, avaliamos os possíveis critérios, objetivos e subjetivos, para a quantificação da indenização punitiva, dando destaque, evidentemente, para o papel ocupado, nesse processo, pela culpa.

ABSTRACT

This study aims to analyze fault as a factor to increase the amount of damages in cases of highly reprehensible misconducts, from a legal-ethical standpoint. The topic is presented under the paradigmatic crisis currently experienced by tort law: as tort law moves away from the paradigm of compensation it approaches the paradigm of prevention of damages. Given this context, we propose the return of fault, no longer as a requirement of liability, but now in the role of a factor for the assessment of the amount of damages. To demonstrate the utility and feasibility of this proposal, the study follows three paths. Initially, we analyze the remedy of punitive damages, mainly based on U.S. law. We understand that punitive damages represent a successful experience of using fault as a tool to prevent damages and deter reprehensible misconducts. Secondly, we resort to foreign literature to carry out a detailed economic analysis of punitive damages, in order to demonstrate the effectiveness and usefulness of the remedy. Finally, we examine the feasibility and suitability of punitive damages under the current Brazilian tort law. At this point, we attempt to identify the legal basis for punitive damages, analyzing whether this new remedy would resist the criticisms that accuses it of illegality. Once skepticism regarding the remedy is overcome, we go on to evaluate potential objective and subjective factors for the assessment of the amount of punitive damages, stressing, of course, the role played, in this process, by fault.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1. Apresentação do tema.....	4
2. Proposta de trabalho.....	6
 CAPÍTULO I: RESPONSABILIDADE CIVIL - UM INSTITUTO EM CONSTANTE EVOLUÇÃO	9
1. Breves notas quanto à evolução da responsabilidade civil	9
2. Da reparação à prevenção – a responsabilidade civil e sua mais nova função social.....	14
2.1. A sociedade de risco.....	16
2.2. A insuficiência dos instrumentos de controle tradicionalmente oferecidos pelo Direito.....	20
2.2.1. A insuficiência do Direito Penal como instrumento de pacificação social.....	27
2.2.2. A insuficiência do atual modelo de responsabilidade civil, de mera reparação/satisfação do dano	30
3. A culpa como instrumento de prevenção.....	33
3.1. O conceito de culpa e a supostamente desgastada noção dos graus de culpa	34
3.2. A culpa como pressuposto essencial de uma responsabilidade civil preventiva.....	38
4. A culpa na quantificação do dano	42
4.1. A culpa como instrumento de equidade	42
4.2. A culpa como elemento moral, de prevenção e dissuasão.....	47
 CAPÍTULO II: A CULPA COMO POSSÍVEL CRITÉRIO PARA MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – A EVOLUÇÃO E ESTABELECIMENTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO ESTRANGEIRO	49
1. A punição como origem histórica da responsabilidade civil	49
2. Os <i>punitive damages</i> no direito anglo-saxão	54
2.1. Breves considerações sobre o sistema jurídico anglo-saxão	54
2.2. O direito inglês	59
2.3. O direito norte-americano	61
3. Os <i>punitive damages</i> em alguns países europeus de tradição romano-germânica ...	69

3.1.	O caso da Alemanha.....	70
3.2.	O caso da Itália.....	72
4.	A recente introdução dos <i>punitive damages</i> no direito argentino.....	74

CAPÍTULO III: EFICÁCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* – A EFETIVA UTILIDADE DO INSTITUTO E A SUA FORMA ADEQUADA DE APLICAÇÃO.....79

1.	A eficácia e utilidade dos <i>punitive damages</i>	79
1.1.	As funções originária e primordialmente atribuídas aos <i>punitive damages</i> – <i>deterrence</i> e <i>punishment</i>	79
1.2.	Os resultados decorrentes do uso instituto: o exemplo dos Estados Unidos.....	84
2.	Situações em que os <i>punitive damages</i> se justificam e a sua forma de cálculo.....	88
2.1.	Uma visão objetiva do ponto de vista da Análise Econômica do Direito – A clássica análise de <i>Law & Economics</i> dos Professores Polinsky e Shavell.....	89
2.2.	Abordagem particular dos <i>punitive damages</i> nos casos de condutas socialmente ilícitas: uma importante abertura subjetivista na rigorosa análise econômica de Polinsky e Shavell.....	94
2.3.	Críticas e estudos que colocam em teste a teoria de Polinsky e Shavell.....	96
2.3.1.	O estudo de Keith Hylton.....	97
2.3.2.	O estudo de Richard Craswell.....	99
2.3.3.	O estudo de Viscusi e Hersch.....	100
2.3.4.	O estudo empírico de Sunstein, Schkade e Kahneman	102
2.3.5.	O estudo empírico de Viscusi.....	105
3.	Conclusões parciais – o impacto da análise econômica no estudo dos <i>punitive damages</i>	108

CAPÍTULO IV: A INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O DIREITO BRASILEIRO.....113

1.	A adequação do instituto ao ordenamento, em casos excepcionais.....	113
1.1.	Opção por uma denominação - Indenização punitiva	115
1.2.	Fundamento legal: o princípio constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana.....	117
1.2.1.	Eficácia imediata da norma constitucional.....	126
1.3.	Indenização punitiva e a natureza do dano: danos morais <i>versus</i> danos materiais	130

1.4.	Excepcionalidade do instituto	135
2.	Críticas (e respostas) ao instituto e à sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro	136
2.1.	Possibilidade de punição no âmbito do direito civil	136
2.2.	Violação ao princípio <i>ne bis in idem</i>	138
2.3.	Vedação ao enriquecimento sem causa	141
2.3.1.	Conceito e pressupostos do enriquecimento sem causa	141
2.3.2.	As diversas causas do enriquecimento gerado pela indenização punitiva	144
2.3.3.	A destinação do valor pago a título de indenização punitiva	147
2.4.	Indenização excessiva	151
2.4.1.	Violação ao princípio da reparação integral	151
2.4.2.	A chamada indústria do dano moral	153
2.5.	Suposta violação ao princípio da legalidade	155
2.5.1.	Inaplicabilidade do subprincípio da anterioridade da pena no âmbito do direito civil	157
2.5.2.	Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana	161
3.	Quantificação da indenização punitiva: a culpa como critério para a quantificação do dano	161
3.1.	Independência da indenização punitiva em relação à indenização por dano moral	163
3.2.	Pressupostos para a aplicação da indenização punitiva	168
3.2.1.	Indenização principal por dano material ou moral	170
3.2.2.	Conduta altamente culpável e reprovável	171
3.2.3.	Violação ao princípio da dignidade humana	175
3.3.	Critérios para a quantificação da indenização	175
3.3.1.	Critério técnico – Probabilidade de detecção da conduta danosa ..	177
3.3.2.	Critério de justiça	181
3.3.2.1.	Proporcionalidade e razoabilidade	183
	CONCLUSÃO	192
	REFERÊNCIAS	198

INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Como já apontava Alvino Lima, “não há, sem dúvida, assunto mais atual, mais complexo e mais vivo”¹ do que o estudo da responsabilidade civil. A lição do ilustre autor, embora datada dos idos de 1960, não poderia ser mais atual². “Nunca, em nenhuma das ‘idades’ da sociedade, a transformação dos fatos sociais se deu tão rápida e intensamente como na era da globalização”³. E é evidente que a responsabilidade civil não passaria alheia a esse intenso movimento social.

O estudo da responsabilidade civil é tão dinâmico quanto a evolução da própria sociedade. E assim tem que ser, para que a responsabilidade civil permaneça um constante instrumento de pacificação social e promoção da ordem jurídica. Mas, a despeito dos esforços constantes da comunidade jurídica para adequar os conceitos da tradicional teoria da responsabilidade civil à mutante sociedade global, parece claro que a matéria tem passado, ao longo dos últimos anos, por uma importante crise paradigmática.

Inicialmente, substituiu-se o paradigma da culpa pelo paradigma do risco. O advento do Código Civil de 2002, e a consagração da cláusula geral de responsabilidade objetiva, representou uma profunda inversão axiológica do Direito Brasileiro. Retirou-se o foco do causador do dano e colocou-se no centro do sistema de responsabilidade civil a vítima. “O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas”⁴. Não à toa, muitos deixaram de lado a tradicionalíssima denominação deste campo do Direito para passar a chamá-lo de Direito de Danos. Isso porque, na visão desses juristas, o novo paradigma da responsabilidade civil fundaria-se na máxima de que *ocorrido o dano, há que se repará-lo*.

E esse foi apenas o primeiro passo. A nosso ver, a segunda ruptura paradigmática da responsabilidade civil encontra-se em pleno andamento: a mudança do paradigma da reparação para o paradigma da prevenção. Como apontam Matilde Zavala de González e

¹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 15.

² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 15.

³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 15.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil – de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

Rodolfo Martín González Zavala, “o ressarcimento do prejuízo não [mais] silencia as repercussões de injustiça e insegurança acarretadas por alguns feitos antissociais e irritantes, cujos autores lucram às custas da desgraça alheia: a reparação integral deixa, então, não reparada a lesão ao sentido de justiça”⁵. A mudança de paradigmas que vivemos atualmente decorre dum sentimento de injustiça difundido no âmago da sociedade, que clama por medidas mais eficientes no controle de condutas eticamente reprováveis.

Como aponta Ulrick Beck, na abertura de seu livro *Sociedade de Risco*, publicado em 1986, “pobre em catástrofes históricas este século não foi: duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl”⁶. É por esses e muitos outros motivos que a sociedade comprovou, a exageradamente duras penas, a veracidade do dito popular segundo o qual é melhor prevenir do que remediar. Há danos que são irreparáveis: como reparar a grave lesão à honra de um indivíduo? Ou então uma lesão física irreversível? Ou, ainda, a morte de um ente querido? Para esses e muitos outros casos o direito deve buscar meios de prevenir a ocorrência dos danos.

Cientes desta necessidade, estudiosos da responsabilidade civil passaram, lentamente, a desenvolver ferramentas que pudessem permitir à responsabilidade civil a plena concretização de sua função preventiva. Parte da doutrina trabalhou na construção de mecanismos de apreciação *ex ante*, ou seja, que proporcionassem a interrupção do ilícito antes de se caracterizar o dano. Outra parte, focou nos mecanismos de apreciação *ex post*, ou seja, que tivessem por fim dissuadir a reincidência de condutas altamente culpáveis para, com isso, atingir a prevenção de danos.

Paradoxalmente, a crise paradigmática da responsabilidade civil afastou a culpa do sistema, num primeiro momento, para, num segundo momento, trazê-la de volta, numa posição bastante diferente, mas de igual destaque e importância. Como ensina André Tunc, “a reintrodução de uma responsabilidade real poderá ser justa e útil quando uma conduta culposa tiver sido cometida – uma conduta verdadeiramente culposa, não decorrente de

⁵ “El resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluto la lesión al sentido de justicia” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. Indemnización Punitiva. In: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 188).

⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 7.

erro ou de natural relaxamento de atenção, mas uma conduta culposa que não teria sido cometida por um homem social, cumpridor de seus deveres sociais”⁷.

Esse retorno da culpa deu-se com o intuito de restabelecer o escopo ético-moral da responsabilidade civil, buscando-se, com isso, extirpar da sociedade condutas altamente reprováveis. Assim, da mesma forma que aconteceu nas décadas de 70 a 90, quando a responsabilidade civil reconheceu, pouco a pouco, a indenização do dano moral, hoje a responsabilidade civil passa lentamente a admitir uma nova espécie de indenização: a indenização punitiva, fundada essencialmente na ideia de dissuasão de condutas altamente culpáveis. Tanto num como noutro caso, a evolução dos novos campos indenizatórios tem estreita relação com o advento do direito civil constitucional e da supremacia axiológica, em nossa sociedade, do princípio da dignidade da pessoa humana.

A indenização punitiva, portanto, nada mais é do que a reação da sociedade à atual conjuntura do mundo, em que condutas e danos altamente ultrajantes reproduzem-se de forma muito mais eficaz do que os instrumentos jurídicos de que dispomos para controlá-los. A indenização punitiva, nesse contexto, tem o propósito de somar-se às ferramentas de controle já presentes em nosso país para que, em conjunto, seja possível mitigar a incomoda sensação de impunidade com que a sociedade é obrigada a conviver. Afinal, nas palavras de Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González Zavala:

Existem situações danosas intoleráveis, em que o ordenamento jurídico deve reagir com consequências econômicas pesadas contra o responsável, que excedam a reparação do dano causado. Isso se verifica quando ocorrem prejuízos graves, com sério menosprezo para direitos fundamentais alheios, especialmente a integridade psicofísica e espiritual das pessoas⁸

2. PROPOSTA DE TRABALHO

Propomos, com o presente trabalho, analisar a referida crise paradigmática da responsabilidade civil sob uma perspectiva *ex post* da prevenção de danos. Em outras palavras, pretendemos analisar a retomada da culpa como elemento promotor das funções

⁷ “Enfin, la réintroduction d'une responsabilité réelle peut être à la fois juste et utile quand une faute a été commise — une vraie faute, non pas l'erreur ou le relâchement d'attention inhérent à l'homme, mais la faute que n'aurait pas commise un homme soucieux de ses devoirs sociaux” (TUNC, André. Les Problèmes Contemporains de la Responsabilité Civil Délictuelle. Introduction. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.19, n. 4, out./dez. 1967. p. 772).

⁸ “Existen situaciones prejudiciales intolerables, en que el ordenamiento jurídico debe reaccionar con consecuencias económicas gravosas contra el responsable, que excedan la reparación del daño causado. Así se verifica cuando se producen graves perjuicios, con serios menosprecio para intereses fundamentales ajenos, especialmente la integridad sicofísica y espiritual de las personas” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva*, p. 188).

preventiva e dissuasória da responsabilidade civil. Essa análise nos conduzirá ao estudo da indenização punitiva e, conseqüentemente, da dissuasão de condutas altamente reprováveis do ponto de vista ético. Para tanto dividiremos nosso trabalho em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, buscamos avaliar a evolução da responsabilidade civil, visando a traçar o longo caminho trilhado pelo instituto, do paradigma da reparação ao paradigma da prevenção. Nesse caminho, pretendemos demonstrar as situações fáticas e jurídicas que conduzem à necessidade de concretização da função preventivo-dissuasória da responsabilidade civil, tais como o advento da *sociedade do risco* e a insuficiência dos direitos penal e administrativo como ferramentas de controle social. Por fim, analisamos a função da culpa no contexto atual da responsabilidade civil, apresento-a como alternativa eficaz para a prevenção de danos e dissuasão de condutas altamente reprováveis do ponto de vista ético-jurídico.

No segundo capítulo, apresentamos um modelo bem sucedido do uso da culpa como elemento de prevenção de danos: os *punitive damages* do direito norte-americano. Analisamos brevemente a evolução histórica do instituto nos Estados Unidos da América, de modo a apurar o seu real alcance, naquele país, nos dias atuais. Em seguida, fazemos um brevíssimo comentário acerca do *status* dos *punitive damages* em alguns países de origem romano-germânica.

O terceiro capítulo é, certamente, aquele que consideramos o núcleo do nosso trabalho. Ali, nos propomos a demonstrar, com base numa detalhada análise econômica do direito, a utilidade e eficácia dos *punitive damages* como instrumento de prevenção de danos. Inicialmente, apresentamos as funções dos *punitive damages* do ponto de vista econômico (*punishment* e *deterrence*) para, depois, analisarmos o instituto à luz dos mais importantes estudos econômicos acerca do tema. Feito isso, apresentamos, ainda, alguns interessantes estudos empíricos que se propõem a investigar a aplicação prática do instituto.

No quarto e último capítulo, analisamos, ainda que em linhas não tão profundas, a aplicabilidade do instituto diante do ordenamento jurídico brasileiro. Iniciamos pela etapa mais importante: recorreremos ao direito civil constitucional para encontrar o fundamento legal da indenização punitiva no Brasil, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III da Constituição Federal. Feito isso, apresentamos – e respondemos – algumas das críticas mais recorrentes à indenização punitiva. Encerramos o trabalho apresentando aqueles que, a nosso ver, seriam os critérios adequados para a

aplicação e quantificação da indenização punitiva no Brasil, dando destaque, evidentemente, para o papel ocupado pela culpa.

Sabemos que a questão da introdução efetiva da indenização punitiva no Brasil é extremamente controversa e complicada. No entanto, esperamos que nosso trabalho sirva, ao menos, para instigar o debate acerca da adequação e utilidade da instituto como instrumento de concretização da função preventiva da responsabilidade civil.

CAPÍTULO I:

RESPONSABILIDADE CIVIL -

UM INSTITUTO EM CONSTANTE EVOLUÇÃO

1. BREVES NOTAS QUANTO À EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas sociedades primitivas a noção de responsabilidade civil estava diretamente ligada à ideia de vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido”⁹. Não se conhecia sequer a noção de responsabilidade individual. Como explica John Gilissen, nas sociedades primitivas “se alguém causou uma injustiça ou um dano a um homem de um outro grupo, é todo o grupo lesado que se vingará em relação a qualquer membro do grupo do autor do ato incriminado”¹⁰.

A evolução da aplicação “natural e espontânea”¹¹ da vingança privada dá-se com o advento da composição voluntária (também conhecida por composição facultativa¹²) dos danos¹³. Como destaca Pontes de Miranda, “a vingança, em si, não compunha equilíbrio”¹⁴. Por isso, ofendido e ofensor passaram, pouco a pouco, a transigir acerca da *vingança*

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 20.

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 751. E completa o autor: “Este sistema de vingança privada (*faida* germânica, *vendetta*, etc.) supõe a solidariedade activa e passiva do grupo familiar” (Ibidem. p. 751). No mesmo sentido, com foco nos germanos, Luiz Regis Prado: “De acordo com a concepção germânica antiga, o Direito era entendido como sendo uma *ordem de paz* – pública ou privada – e o delito significava sua ruptura, perda ou negação – *Friedlosigkeit*. A reação era feita individualmente ou através do grupo familiar (*Sippe*), dando lugar à *Faida* (*feithu*), em que o agressor era entregue à vítima ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança. Primitivamente, foi uma verdadeira guerra familiar; a partir do século IX se transformou em direito pessoal. Os delitos, que constituíam uma ofensa para toda a comunidade, originavam para o ofensor a perda da paz, situação que o excluía do grupo familiar (expulsão), ficando equiparado aos animais dos campos e à mercê de todos, que tinham, inclusive, o direito de matá-lo. Em 1495, com o advento da Paz Territorial Eterna (*Worms*), a *Faida* foi definitivamente extinta” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. v.1. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 52).

¹¹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 21.

¹² LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, jan./mar. 2011. p. 166.

¹³ Acerca dos bárbaros germânicos, Luiz Regis Prado: “Entre os bárbaros germânicos vigorava a vingança de sangue (*Blutrache*), que somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória. Tal instituição consistia, em geral, no dever de compensar prejuízo sofrido com certa importância em pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada. Esta última, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima ou de sua *sippe* de vingar as ofensas recebidas. Consagra-se, desse modo, a vingança hereditária e solidária da família” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 52).

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s/d]. t. LIII. p. 16.

aplicável ao caso concreto. “A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”¹⁵.

“À medida que os círculos sociais se consolidam (tribos, nações de tribos, cidades, Estados), as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais”¹⁶. De acordo com esse sistema, o Estado – em prol da coletividade – passa a determinar penas para cada ofensa. Conforme ensina Pontes de Miranda, na composição legal, “o ofendido tem de contentar-se com a tarifa e o ofensor tem de pagar o que se preestabeleceu genericamente”¹⁷. Exemplos dessa fase podem ser encontrados tanto na Lei das XII Tábuas – origem da legislação ocidental¹⁸ - quanto na Lei Sállica – alicerce do direito bárbaro¹⁹²⁰.

A composição legal marcou uma importante transição conceitual na noção de responsabilidade civil: o abandono à ideia da vingança física para a adoção da ideia de pena, intermediada pela figura do Estado. Conforme descreve Alvino Lima, “embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação do conflito não é somente uma questão entre particulares”²¹.

¹⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 21. No mesmo sentido, Daniel de Andrade Levy: “Uma segunda fase aparece nas composições facultativas. O ofendido tem o direito, em certos casos, a escolher entre a vingança privada incidente sobre o corpo do acusado e o pagamento, por esse último, de determinada soma. A composição pecuniária é facultativa e arbitrária, pois não se fixava qualquer valor ou critério para a reparação, cabendo, na maior parte dos casos, aos interessados se entenderem” (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages, p. 166).

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. LIII, p. 16. As composições legais são denominadas, por Alvino Lima, “composições tarifadas” (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 21).

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. LIII, p. 16.

¹⁸ “Podemos dizer que a legislação ocidental começou com a Lei das Doze Tábuas, o primeiro código conhecido e de marcante influência no direito dos povos até nossos dias. Alguns consideram uma carta de princípios, outros a primeira constituição, outros um código, outros um corpo de leis. Sua data está mais ou menos estabelecida como o ano de 450 antes de Cristo, ou seja, 300 anos após fundação de Roma”. (ROQUE, Sebastião José. *História do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2007. p. 31).

¹⁹ Conforme ensina José Reinaldo de Lima Lopes: “O direito dos bárbaros resulta em geral de consolidação de costumes. O exemplo mais acabado de que se tem notícia é a *Lei Sállica*. A versão que sobreviveu é a *Lex Salica Emendata* de 802. A versão original data do tempo de Clóvis (481-511 d.C.) e foi possivelmente redigida com a ajuda de galo-romanos conhecedores de direito. A lei é, na verdade, uma consolidação de costumes. Pelo nome com que era conhecida, *Pactus legis salicae*, imagina-se que não se tratava de uma imposição nova, mas de uma aceitação tanto pelo rei quanto pelo povo (entenda-se: os *grandes* do povo) da lei. Esta, portanto, a natureza da lei, que deveria aplicar-se aos francos Sállicos. Teve 70 títulos na sua primeira versão e 100 na segunda”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 68).

²⁰ Como destaca Rubens Limongi França, no entanto, há exemplos da tarifação legal da vingança já no direito arcaico babilônico, hindu e hebraico. De acordo com o autor, o código de Hamurabi (“*pai de todos os códigos*”) “é o grande consagrador da chamada pena de talião”. No direito indiano antigo, o código de Manu traz referências “esparças e fragmentárias” sobre o assunto. Já no direito hebraico, “a matéria pode ser encontrada no ‘Levítico’, um dos livros do Pentateuco”. (FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade Aquiliana e suas Raízes. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 244-245).

²¹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, pp. 21-22.

O direito romano parte deste ponto, pois jamais previu a responsabilização coletiva. “A responsabilidade delitual, em Roma, já era, portanto, individualizada e sancionada pelo Estado”²². Por esse motivo, mesmo antes da Lei das XII Tábuas – primeiro instrumento legal romano a tarifar expressamente as penas - a vingança privada já estava sujeita ao crivo do Estado Romano. É o que ensina Ebert Chamoun:

O delinqüente condenado era, em certos casos (*furmanifestus*), adjudicado pelo magistrado à vítima. O seu corpo respondia, portanto, pelo delito. Em outros casos (*iniuria* grave), era lícito o talião e ainda em outros era a pena pecuniária (*poena*) a punição adequada. Mais tarde foram abolidos a *addictio* do delinqüente e o talião, e todos os delitos passaram a ser sancionados com uma *poena*. A ação destinada a condenar o réu a pagar uma quantia à vítima era a *actio poenalis*. Contudo, a *poena* tinha sempre o caráter de pena e não de indenização ao ofendido²³.

No direito romano clássico²⁴, portanto, a responsabilidade civil tinha caráter puramente sancionatório. Até mesmo após a abolição da vingança física – e, conseqüentemente, a introdução das penas pecuniárias – as multas aplicadas ao ofensor não tinham por escopo reparar o dano, mas sim punir o ofensor. A noção da responsabilidade civil como instrumento de reparação do dano só começa a ganhar força muito mais tarde, no direito justinianeus²⁵ e, mesmo assim, muito lentamente²⁶.

O grande salto evolutivo na evolução da responsabilidade civil se deu com a aprovação²⁷, em meados do século III a.C., da *Lex Aquilia de damno*²⁸ que, ao consagrar a máxima “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”²⁹, teria criado um sistema de

²² CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 403.

²³ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, p. 404.

²⁴ Com relação às fases do direito romano, seguimos a divisão de José Carlos Moreira Alves: “1ª – a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª – a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d.C.); 3ª – a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeus* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª ed. rev. corr. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 72).

²⁵ Conforme José Carlos Moreira Alves: “Delito privado é a ofensa feita à pessoa (assim, as lesões corporais) ou aos bens do indivíduo. Quando isso ocorre, o Estado não toma a iniciativa de punir o ofensor, mas assegura à vítima o direito de intentar contra este uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como pena (*poena privata*). No direito clássico, essa *poena privata* tem o mesmo caráter punitivo que a *poena publica*. No direito justinianeus, porém, ela passa, em verdade, a configurar-se como ressarcimento do dano sofrido pela vítima, embora continue a denominar-se *poena*”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 579).

²⁶ Essa evolução é retratada com detalhes no Capítulo II.

²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 53.

²⁸ Como ensina Alvino Lima, “com a Lei Aquília, sob a influência da jurisprudência e nas extensões concedidas pelo pretor, constrói o Direito Romano a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual” (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 22).

²⁹ Máxima essa atribuída a Ulpiano (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127).

responsabilidade civil fundamentado no elemento volitivo, expressado por Von Ihering, na simplista fórmula “sem culpa, nenhuma reparação”³⁰.

A *Lex Aquilia de damno* introduziu, no último de seus três capítulos, um novo tipo de delito: o *damnum iniuria datum*, cuja aplicação cada vez mais extensiva pelos juristas romanos acabou por consagrar a estrutura da responsabilidade civil extracontratual romana. Estrutura essa que, fundada na culpa, serviu de modelo para grande parte dos ordenamentos jurídicos modernos.

Como ensina Flávio Murilo Tartuce Silva, a configuração do *damnum iniuria datum* dependia da ocorrência simultânea de três requisitos: (i) a *iniuria*, ou seja, a antijuridicidade do ato; (ii) a culpa genérica, a voluntariedade do ato praticado pelo agente causador do dano; e (iii) o *damnum*, lesão patrimonial sofrida pela vítima³¹. É curioso notar que tais requisitos nada mais são que o gérmen dos pressupostos modernos da responsabilidade civil subjetiva: conduta, nexo causal, dano e culpa. No caso romano, conforme descreve Marcelo Junqueira Calixto, “presentes estes elementos, teria lugar a ação própria (*actio legis aquiliae*), que originariamente foi considerada uma ação penal e, no direito justiniano, passou a ser considerada de natureza mista, pois reunia elementos das ações reipersecutórias e das ações penais”³².

A inovação mais importante trazida pela *Lex Aquilia de damno* foi, sem dúvida, a consagração da culpa como fundamento da responsabilidade civil, elemento subjetivo que trouxe a superação do objetivismo das sociedades primitivas, como ressalta Alvino Lima :

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido³³.

A culpa da *Lex Aquilia de damno*, no entanto, não é a mesma culpa da responsabilidade civil moderna. Como destaca Marcelo Junqueira Calixto, a culpa da *Lex Aquilia* está mais próxima de uma “*imputação objetiva* do dano ou de *nexo de causalidade* entre a conduta e o ato danoso”³⁴. A carga moral atribuída à noção de culpa é elemento

³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. t. I, p. 44.

³¹ SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 15.

³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*, pp. 125-126.

³³ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 28. Embora hoje saibamos que a mudança da visão da responsabilidade civil sancionatória para a responsabilidade civil reparadora não tenha ocorrido tão depressa, tal como explorado pelo Capítulo II deste trabalho.

³⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*, p. 129.

muito mais recente, decorrente da posterior e forte influência das instituições religiosas sobre o direito³⁵. A ideia de culpa como elemento psicológico é resultado da influência do direito canônico, ao longo da Idade Média.

O direito francês foi o primeiro a conceber, mediante a consolidação do trabalho científico de seus ilustres juristas, como Pothier e Domat, um sistema de responsabilidade civil consistente. E o fez baseando-se no fundamento da culpa.

Como ensina Alvino Lima, “o Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência nos códigos civis das nações cultas e nas legislações sem codificação, cada vez mais se estuda e se ressalta, seguindo a tradição de seu direito e os ensinamentos de Domat e Pothier, proclamou, no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada”³⁶.

E foi este o sistema de responsabilidade civil que prevaleceu, de forma quase que absoluta, até o fim do século XIX: para a configuração do dever de indenizar não bastava a existência do dano, era essencial a presença de culpa do agente ofensor. A solução, por sinal, respondeu bem até a explosão do desenvolvimento tecnológico e industrial, quando a exigência da culpa tornou-se importante obstáculo à reparação de danos.

Para regular esses novos casos, os juristas do final do século XIX e início do século XX trabalharam intensamente no sentido de reduzir as limitações impostas pela culpa ao dever de indenizar. Conforme aponta Carlos Roberto Gonçalves³⁷, foram três as principais fases do abrandamento da teoria da culpa rumo à elaboração de uma teoria geral da responsabilidade sem culpa.

Em primeiro lugar, os tribunais buscaram facilitar a prova da culpa, numa tentativa de retirar da parte lesada o gravíssimo ônus de comprovar a intenção (dolo) ou negligência (culpa) do agente causador do dano (em regra, grandes indústrias e empresas de grande capacidade econômica).

³⁵ É o que ensina Giselda Maria F. Novaes Hironaka: “Em outras palavras, o direito romano é mais ‘positivista’ e o direito contemporâneo é mais ‘moralista’ no ato de se conceber a culpa. Há uma razão curiosa para isso: a culpa, no direito romano da *lex Aquilia*, por mais influência que tenha sofrido de toda a força dos costumes e da tendência romana à administração jurídica, não tem ainda um valor próprio como instituição social ou política. Roma é um universo político em que, apesar da aproximação costumeira entre práticas ritualístico-religiosas e cerimoniais político-jurídicos, há ainda uma separação entre política e religião ou, mais exatamente, entre moralidade pública e moralidade privada. Os institutos jurídicos romanos não são institutos religiosos, mas constituem uma estrutura de poder cuja marca distintiva, dentro de praticamente todos os impérios da Antiguidade, foi a própria noção de autonomia política das instituições em face da religião e das tradições privadas”. (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 31).

³⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 29.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 493.

Em segundo lugar, passou-se a admitir a teoria do abuso do direito como ato ilícito. Os tribunais passaram a observar as noções de função social do direito, punindo aqueles que atuassem, embora dentro de uma estrita legalidade, de modo a lesar terceiros.

Finalmente, na terceira fase, chegou-se ao estabelecimento de casos de presunção de culpa, pelo que se provocava a inversão do ônus da prova da culpa, aumentando as chances da vítima de êxito na pretensão indenizatória.

Não obstante o intenso esforço doutrinário e jurisprudencial para a consolidação das presunções de culpa, a verdade é que parte importante da doutrina (especialmente francesa) ainda trabalhava na elaboração de um sistema capaz de atender à demanda social com maior grau de autonomia. Um sistema que fosse capaz de justificar o dever de indenizar sem a necessidade do recurso a presunções e outros artifícios legais.

A teoria do risco, como conceito consistente, tem origem no direito francês do século XIX, como resultado da produção intelectual de fundamentalmente dois grandes juristas: Louis Josserand e Raymond Saleilles. Como ensina Alvino Lima, “o movimento iniciado na França por Saleilles e Josserand, julgando estreito o âmbito da culpa para resolver o problema da responsabilidade, pregara a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do fato ou do risco criado, com o afastamento do ‘*peché juridique*’”³⁸.

Por essa nova ideia, os elementos da responsabilidade civil se limitariam a uma conduta do agente, ao dano e ao nexo de causalidade. O risco seria o pressuposto da responsabilidade civil, ou seja, verificada uma situação de risco, bastaria a presença dos três elementos acima mencionados para restar presente o dever de indenizar.

Note-se que, embora a evolução da responsabilidade civil extracontratual tenha chegado, no final do século XIX, à teoria do risco, os diversos ordenamentos jurídicos não aderiram tão rapidamente aos conceitos trazidos por esta nova teoria. O que se percebe, ao longo do século XX, é uma adesão gradual dos diversos ordenamentos jurídicos à ideia de responsabilidade civil objetiva com fundamento no risco.

2. DA REPARAÇÃO À PREVENÇÃO – A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA MAIS NOVA FUNÇÃO SOCIAL

Não há consenso na doutrina acerca das funções exercidas, ou buscadas, pela responsabilidade civil. No entanto, duas em particular são comumente apontadas por

³⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 29.

civilistas das mais diversas correntes: as funções reparatória/compensatória e preventiva³⁹. Diversos autores acrescentam a estas, a função sancionadora⁴⁰, a função de restabelecimento da ordem social⁴¹, a função de socialização dos riscos⁴², dentre outras.

Evidentemente, a função óbvia da responsabilidade civil, que a consagrou como instituto fundamental do Direito, é a função reparatória. Como diz Teresa Ancona Lopez, “quando se fala em responsabilidade civil, logo vem à mente um sistema jurídico que cuida das perdas e dos danos”⁴³. A própria evolução do instituto da responsabilidade civil indica a constante busca pela “reparação de todos os danos”⁴⁴. A reparação dos danos encontra-se no centro do sistema. Não à toa que cada vez mais se fala em “Direito de Danos”⁴⁵ para referir-se ao direito da responsabilidade civil.

A função reparatória decorre da violação ao dever originário⁴⁶ de não lesar o próximo (consagrado pelos preceitos romanos do *neminem laedere* e *alterum non laedere*). Violado tal dever, entra em campo a responsabilidade civil⁴⁷, com fundamentalmente três objetivos: (i) restabelecer à vítima o seu *status quo ante*⁴⁸; (ii) “apagar o prejuízo econômico causado”⁴⁹, por meio da reparação integral do dano (*restitutio in integrum*); e/ou (iii) “minorar o sofrimento infligido”⁵⁰ ou, segundo visão mais moderna, indenizar a violação à dignidade humana que, por sua vez, independe de qualquer sofrimento⁵¹.

³⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 73.

⁴⁰ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 19, n. 37, Florianópolis, dez. 1998. p. 30.

⁴¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Effets de la Responsabilité*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 1; e TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2ª ed. Paris: Editora Economica, 1989. p. 133.

⁴² ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. Vol. 4: La responsabilità civile. Milão: Giuffrè, 1999. p. 132.

⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 76.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 25.

⁴⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 76. Curioso notar a posição vanguardista do direito civil argentino que, há muito, já intitula *Derecho de Daños* seu sistema de responsabilidade civil.

⁴⁶ Conforme ensina Sergio Cavalieri Filho, a “violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”. (FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 23-24).

⁴⁷ Dever sucessivo ou secundário (FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 24).

⁴⁸ A noção de que a função reparatória da responsabilidade civil está diretamente relacionada a uma função anterior, por vezes impossível de ser atingida, de restabelecimento do *status quo ante* é bem explicada por Geneviève Viney e Patrice Jourdain (*Traité de Droit Civil*, p. 23) e Encarna Roca (ROCA, Encarna. *Derecho de Daños: Textos y materiales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 24).

⁴⁹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 31.

⁵⁰ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 31.

⁵¹ Conforme ampla e magistralmente defendido por Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Mortais*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. pp. 117 ss.

A consagração do princípio reparatório fez com que, ao longo da história, a responsabilidade civil cada vez mais se desapegasse da conduta do agente para voltar-se à reparação do dano. É este o principal resultado da consagração da teoria do risco: o dano passa a ser reparado a despeito de conduta eventualmente diligente do autor.

A função preventiva é, da mesma forma, amplamente reconhecida pela doutrina civilista. Ao contrário da função reparatória, contudo, a função preventiva olha para o futuro. Busca-se com a responsabilidade civil não apenas reparar o dano que já se causou, mas também evitar a ocorrência de novos danos. Conforme leciona Fernando Noronha, o conceito de função preventiva está relacionado à finalidade da responsabilidade civil de “dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem”⁵², com o objetivo final de evitar a concretização do dano.

A evolução da responsabilidade civil e as necessidades impostas pela sociedade trouxeram para o instituto uma função social proativa: à responsabilidade civil deve ser atribuído o papel de promover justiça social, prevenindo danos ao invés de apenas repará-los/compensá-los⁵³. Esta função social da responsabilidade civil é reconhecida por Roberto Senise Lisboa, para quem, “[n]a sociedade pós-moderna, o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção do direito individual, coletivo e difuso”⁵⁴.

2.1. A sociedade de risco

Como bem leciona Fernando Noronha, “as causas da contemporânea evolução da responsabilidade civil prendem-se essencialmente com a revolução industrial, iniciada na Inglaterra do século XVIII. Mesmo aqueles países que ainda hoje permanecem não industrializados, não ficaram imunes às consequências, na maioria benéficas, mas algumas maléficas, dessa revolução”⁵⁵.

⁵² NORONHA, Fernando. Desenvolvidos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 32.

⁵³ Afinal, como defendem Pablo Salvador Coderch e María Teresa Castiñeira Palou, “[p]or su parte, el Derecho de la responsabilidad civil no tiene por qué renunciar a contribuir a reducir el número y la gravedad de los daños causados por los ilícitos civiles: compensar y prevenir, digámoslo por última vez, no son funciones antitéticas” (CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 175).

⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Obrigações e Responsabilidade Civil. v. 2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256. Ainda de acordo com o autor, “a função da responsabilidade civil é dupla”: (i) “garantir o direito do lesado, prevenindo-se a coletividade de novas violações (...)”; e (ii) “servir como sanção civil” (Ibidem, pp. 256-257).

⁵⁵ NORONHA, Fernando. Desenvolvidos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 24.

É exatamente nesse contexto, de consequências benéficas ou maléficas (mas certamente incertas) da era industrial, que Ulrich Beck cunha a expressão “sociedade de risco”⁵⁶ (ou “sociedade industrial de risco”) para referir-se ao ambiente de ameaça global vivido pela humanidade no fim do século XX, como resultado da desenfreada expansão industrial⁵⁷. Conforme aponta José Joaquim Gomes Canotilho, “um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é a da radical assinalagmaticidade do risco. Com isso se quer dizer que o risco de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl, terrorismo) é *criado por uns e suportado por outros*”⁵⁸.

Publicado em 1986, na Alemanha, o livro *Sociedade de risco (Risikogesellschaft)* procurou retratar a realidade da sociedade que vivenciou o acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido no mesmo ano na então União Soviética, hoje Ucrânia. Ulrich Beck, Professor da *Ludwig-Maximilians Universität* e da *London School of Economics*, além de um dos mais influentes sociólogos do seu tempo, apontou, e discorreu magistralmente sobre, uma das principais características atuais da nossa sociedade: o risco constante em que vivemos. Beck discorre em seu livro sobre o impacto sofrido pelas relações sociais em decorrência do risco global gerado pelo poder da tecnologia e pelo desenvolvimento industrial.

É consenso nas ciências sociais que o mundo ocidental sofreu uma guinada consistente ao passar da sociedade feudal e agrária para a capitalista e industrial. A modernidade estabeleceu uma nova forma de produção e distribuição de bens e, conseqüentemente, uma nova forma de relação entre os homens, baseada na desigualdade. Essa modernidade industrial se desenvolveu profundamente até alcançar uma condição que

⁵⁶ Ao discutir os problemas básicos enfrentados pela *teoria da constituição*, José Joaquim Gomes Canotilho destaca os problemas causados pela sociedade de risco, que cria significativos entraves à concretização de garantias constitucionais e cria para a teoria da constituição o desafio de contribuir com a *modernidade reflexiva* proposta por Ulrich Beck, por meio da consagração do princípio da precaução. “*El paradigma de la sociedad del riesgo obliga a la teoría de la constitución a comprender nuevos conceptos de la teoría social como es, precisamente, el concepto de riesgo. Al lado de categorías y conceptos jurídicos como contrato, derecho subjetivo, individuo, capital, trabajo, clase, integración y racionalización, el concepto de riesgo parece cristalizar las experiencias fundamentales de las sociedades altamente industrializadas. Cualquiera que sea el concepto de riesgo (y existen varios conceptos o, por lo menos, varios acentos), éste destaca: (1) los peligros (conocidos y desconocidos) generados por la moderna tecnología; (2) las amenazas de toda la civilización planetaria (Beck); (3) las potencialidades del dominio tecnológico de la naturaleza y de la persona; (4) los desafíos planteados a las sociedades humanas en el plano de la seguridad y de la previsibilidad ante eventuales catástrofes provocadas por la técnica y por la ciencia*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de La Constitución*. Cuadernos ‘Bartolomé de las Casas’. Tradução: Carlos Lema Añón. Madri: Dykinson, 2004. p. 35).

⁵⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*.

⁵⁸ No original: “Uno de los problemas fundamentales de la sociedad del riesgo es el de la radical asinalagmaticidad del riesgo. Con esto se quiere decir que el riesgo de catástrofes civilizatorias (Bophal, Chernobyl, terrorismo) es creado por unos y suportado por otros” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de La Constitución*, p. 35).

Ulrich Beck chama de “modernidade reflexiva”⁵⁹. Nessa nova modernidade, “vivenciamos uma transformação dos fundamentos da transformação”⁶⁰: “enquanto na sociedade industrial, a ‘lógica’ da produção de riqueza domina a ‘lógica’ da produção de riscos, na sociedade de risco, essa relação se inverte”⁶¹. Em outras palavras: esse novo contexto criou um mundo fundado na incerteza, em que o futuro orienta o presente⁶², ou seja, em que qualquer infortúnio que possa vir a ocorrer é antecipado por uma série de manifestações que obrigam os homens a viver constantemente preocupados e agindo com precaução. O risco, nesse mundo, é onipresente.

O pensamento de Ulrich Beck é sociologicamente complexo e profundamente estruturado. Reflete, porém, realidade bastante simples: a de que a sociedade moderna é diferente das sociedades antigas. E é diferente na medida em que os riscos a que se está exposto atualmente são maiores, mais contundentes, mais dispersos e menos previsíveis. Como consequência, os danos eventualmente sofridos pelos indivíduos são de maior repercussão e devem, portanto, ser evitados.

Como relata Teresa Ancona Lopez, “[o] risco como acontecimento futuro e incerto, com mais ou menos probabilidade de acontecer e causar danos coletivos e individuais, existe na sociedade contemporânea de forma presente, isto é, não há hora nem dia para acontecer. É fruto do progresso”⁶³. E a magnitude desses danos é surpreendente: Chernobyl, 11 de setembro, epidemia de AIDS, amianto, Fukushima, talidomida, acidentes aéreos da TAM e da GOL são apenas algumas das tragédias ocorridas nos últimos 30 anos que indicam o risco inerente à sociedade em que vivemos. O que dizer então da recentíssima tragédia em Santa Maria, Rio Grande do Sul.

Enquanto redigimos este trabalho somos assolados com a terrível notícia de que, em 27.1.2013, mais de 230 pessoas morreram, e pelo menos outra centena restou ferida, em incêndio ocorrido numa boate na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul⁶⁴. As

⁵⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*, p. 23.

⁶⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*, p. 17.

⁶¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*, p. 15.

⁶² “De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas *ameaças projetadas no futuro*. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se tornaria impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim *no futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não” (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*, p. 40).

⁶³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 28.

⁶⁴ Informações colhidas em sítios diversos de Internet, notadamente www.terra.com.br e www.g1.globo.com.

causas do acidente ainda são incertas, mas muito se fala sobre o uso supostamente irregular de sinalizador (espécie de fogo de artifício), em ambiente fechado, com teto forrado por espuma alegadamente inflamável. Fato é que, a despeito das causas e responsáveis pelo acidente (que, espera-se, serão apurados no seu devido tempo), centenas de jovens que saíram de casa buscando diversão jamais retornaram a seus lares. Este trágico e lastimável acontecimento é prova contumaz de que vivemos em uma sociedade cercada por riscos alarmantes.

A sociedade de risco deu origem não apenas a danos de maior repercussão, tais como aqueles lamentavelmente ocorridos na cidade gaúcha de Santa Maria. Os riscos decorrentes desta nova sociedade também implicaram o nascimento de danos não antes conhecidos. É sobre isso que fala Geneviève Viney quando relata “a aparição e a multiplicação de danos completamente novos, tanto por sua origem quanto por sua amplitude – os acidentes de toda natureza que atingem o homem e seu ambiente em razão do desenvolvimento da indústria, dos meios de transporte, da difusão de produtos complexos e perigosos, da exploração de energias mais ou menos controladas, etc”⁶⁵. Tais novos danos seriam, em síntese, os danos transindividuais, as violações à dignidade humana e suas respectivas subespécies⁶⁶.

Por todos esses motivos, concordamos com Teresa Ancona Lopez no sentido de que, “[s]em dúvida, no momento atual, a sociedade busca muito mais por prevenção de acidentes do que por indenizações”⁶⁷. A sociedade de risco é uma sociedade que gerou o rompimento paradigmático do direito da responsabilidade civil e trouxe para o cerne do sistema a função preventiva do instituto. Como sustenta, Matilde Zavala de Gonzalez, a responsabilidade civil, no tempos atuais, deve visar primordialmente a prevenção da ocorrência (ou mesmo do agravamento) de danos. A função reparadora, afirma a autora,

⁶⁵ No original: “*l’apparition et la multiplication des dommages complètement nouveaux, aussi bien par leur origine que par leur ampleur – les accidents de toutes natures qui atteignent l’homme et son environnement du fait du développement de l’industrie, des moyens de transport, de la diffusion de produits complexes et dangereux, de l’exploitation d’énergies plus ou moins bien maîtrisées, etc*” (VINEY, Geneviève. *De la Codification du Droit de la Responsabilité Civile: l’Expérience Française In Actes du Colloque International de Droit Civil Comparé – Codification: Valeurs et Langage*, disponível em: www.cslf.gouv.qc.ca, acesso em: 20 nov. 2011).

⁶⁶ Acerca do tema, ver SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. Como subespécie de novos danos o autor fala em “danos existenciais”, “dano sexual”, “dano de férias arruinadas”, “danos decorrentes do rompimento do noivado”, “danos por abandono afetivo” entre outros (Ibidem, pp. 91-93)

⁶⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 77.

tornou-se secundária⁶⁸. É esse também o entendimento de Patrícia Faga Iglecias Lemos, para quem “o grande papel da responsabilidade civil deve realmente ser preventivo”⁶⁹.

Os objetivos e anseios da sociedade são claros. Resta saber se os instrumentos tradicionalmente oferecidos pelo Direito para prevenir danos se mostram suficientes. Como se verá a seguir, a resposta parece ser negativa.

2.2. A insuficiência dos instrumentos de controle tradicionalmente oferecidos pelo Direito

Os instrumentos jurídicos para prevenção dos danos da “sociedade de risco” são providos fundamentalmente por três áreas do Direito: Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Civil⁷⁰. É no âmbito de cada uma dessas áreas do Direito que se prescrevem as condutas socialmente adequadas e sancionam-se⁷¹ as condutas socialmente inadequadas⁷². A sanção⁷⁴ tem “características preventivas, repressoras e pedagógicas”⁷⁵ e seu uso adequado é essencial para o equilíbrio do sistema.

⁶⁸ GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de daños*. Presupuestos y funciones del derecho de daños. v. 4, Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 418.

⁶⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*. Análise do Nexo Causal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

⁷⁰ Alguns autores incluem, ainda, neste rol, o Direito Processual (Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995). Não incluímos o Direito Processual em nosso rol, por caber àquele a prevenção da lesão processual, cujo escopo foge ao deste trabalho.

⁷¹ De acordo com a lição de Norberto Bobbio, a sanção jurídica é um norma secundária, pois pressupõe a existência de outra norma (norma primária) e estabelece as consequências para o seu eventual descumprimento. (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001. p. 159).

⁷² Alguns autores não entendem sanção apenas como uma medida coercitiva adotada como resposta ao descumprimento de determinada norma. De acordo com Guy Rocher, por exemplo, “*the term sanction, however, must not be understood only in the sense of punishment. A sanction can be positive as well as negative: it can be the reward or punishment, the approval or disapproval incurred through an action by the person who performs it. In each collectivity, conformity to patterns of behavior can bring forth certain rewards and non-submission can result in the imposition of certain punishments*” (ROCHER, Guy. *A General Introduction to Sociology. A theoretical perspective*. 3ª reimp. Kolkata, India: Bimal Kumar Dhur of Academic Publishers, 2009. pp. 36-37). Uma sanção de natureza negativa, portanto, seria mais corretamente intitulada pena.

⁷³ No entanto, conforme André Gustavo Corrêa de Andrade, “[é] certo que nem toda medida preventiva tem o caráter de pena. Com efeito, através da já mencionada tutela inibitória pode buscar-se a prevenção do dano por meio de medidas variadas, que não apresentam caráter intrinsecamente punitivo, tais como apreensão de mercadorias (em caso de tentativa de violação de marca) ou a imposição de obrigação de não fazer (para proibir a publicação de matéria ofensiva à honra). Mas a pena atua como importante fator de prevenção nos casos em que as demais formas de prevenção falham ou são inaplicáveis e também naqueles casos em que, uma vez ocorrido o dano, a tutela reparatória não exerce força intimidativa sobre o ofensor”. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 229).

⁷⁴ Para os fins deste trabalho, “sanção” e “pena” serão tratadas como expressões sinônimas.

⁷⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira. *Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, ano 1, n. 1, jul./dez. 2004. p. 279.

“A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva”⁷⁶. A aplicação de uma pena tem, na verdade, caráter dúplice: visa a punir o ofensor (ou a retribuir o mal suportado pela vítima) e a prevenir a prática de comportamentos semelhantes. Fala-se em prevenção geral e especial. A primeira diz respeito ao objetivo de evitar que a conduta punida seja reproduzida por outros membros da sociedade; a segunda refere-se ao fim de dissuadir o próprio ofensor de reincidir em sua conduta indesejada⁷⁷.

Como ensina Antonio Junqueira de Azevedo, não há uma “radical separação das áreas jurídicas”⁷⁸ que permita a apenas uma delas a prerrogativa de aplicar pena. Não nos parece, tampouco, haver “diferença ontológica entre os bens tutelados economicamente”⁷⁹ pelas diferentes áreas do Direito⁸⁰. Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Civil visam, em última instância, proteger a vida e a dignidade humana – princípios máximos consagrados pela Constituição Federal, em suas mais diversas formas de expressão⁸¹.

Não há, portanto, resposta *apriorística* acerca de qual o ramo do direito mais apropriado para punir uma conduta indesejada. A decisão acerca da sanção mais adequada (sanção penal, sanção administrativa ou sanção civil) para responder a uma determinada conduta passa ao menos por uma análise tríplice⁸², devendo considerar:

⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 228.

⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 228.

⁷⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 19, jul./set. 2004. p. 213.

⁷⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira, p. 280.

⁸⁰ Especificamente acerca da ausência de diferença material entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, lecionam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo: “*Así si entiende por ilícito administrativo la infracción castigada por órganos administrativos (o, en su caso, disciplinaria). Por el contrario, estaremos en presencia de un ilícito pénale, si a infracción está castigada con una pena de las previstas en el Código Penal y aplicación por los Tribunales de Justicia en virtud del ius puniendi. La pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre el delito y la infracción administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada*” (BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Acero, 2001. p. 59-60).

⁸¹ Conforme ensina Edson Luiz Fachin, ao analisar a dicotomia Direito Penal-Direito Civil, “[e]ssa dicotomia vai gradativamente cedendo espaço. O conjunto das alterações começa a ser operado a partir da Constituição; daí o que se entende por ‘constitucionalização’, que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil” (FACHIN, Edson Luiz. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76). Ainda a esse respeito, é importante a lição de Gustavo Tepedino, para quem é necessária uma releitura do “direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. II. p. 22).

⁸² Uma análise dúplice é proposta por Suzanne Carval, contendo (i) “*la plus ou moins grande facilité avec laquelle est saisie l'autorité investie du pouvoir de sanction*”; e (ii) “*l'importance des limites dans lesquelles est enserré son pouvoir répressif*” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995. p. 234). Nós tomamos a liberdade de acrescentar a esta análise um terceiro elemento: a necessidade/adequação da sanção à conduta sancionada.

(i) a necessidade/adequação da referida sanção para punir/prevenir a conduta sancionada:

Inicialmente é necessário avaliar se a sanção escolhida é necessária e adequada para atingir o fim duplo de retribuir o ofensor pelo ato sancionado e prevenir (prevenção geral e especial) a repetição do referido ato. Para esta análise é particularmente importante verificar-se a necessidade e adequação da sanção penal em detrimento das sanções administrativas e civis. É, ainda, importante analisar a proporcionalidade entre a sanção escolhida e a conduta sancionada.

A utilização da sanção penal é limitada pelo princípio da fragmentariedade (ou subsidiariedade) do Direito Penal e pelo princípio da intervenção mínima. Como leciona Santiago Mir Puig, o recurso à sanção penal deve ser subsidiário e, só será legítimo, quando inexistir outro instrumento capaz de atingir o necessário fim de controle social⁸³.

Versando sobre o princípio da subsidiariedade penal, ensina Eduardo Reale Ferrari que “o legislador deve construir tipos e sanções penais quando inegável a extrema necessidade social, configurando-se importante, nesse compasso, verificar quais as exigências comunitárias que legitimam determinadas condutas a se elevarem à configuração de crime, conferindo concretude não apenas formal ao delito mas, em especial, material”⁸⁴. Acerca do princípio da intervenção mínima, complementa o autor, “o preceito primário e a sanção penal somente serão impostos se presentes fatos que tenham ressonância e repercussão social, não fazendo sentido a incidência de qualquer sanção, quando ausente a necessidade de proteção à tutela penal”⁸⁵. Trata-se do cada vez mais popular princípio do direito penal mínimo⁸⁶.

Fora isso, é importante, ainda, atentar para a razoabilidade da sanção cominada. Como ensina Caroline Vaz, o princípio jurídico da proporcionalidade tem origem germânica e “constitui importante instrumento no controle da atividade estatal, no que tange à não-interferência no núcleo essencial das posições subjetivas individuais protegidas constitucionalmente (*status negativus*), bem como, na concretização dos direitos

⁸³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1979. p. 74.

⁸⁴ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira*, p. 281.

⁸⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira*, p. 282.

⁸⁶ Para mais informações acerca das premissas do direito penal mínimo recomenda-se: ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional de crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, v. 2, 1992. pp. 173-203.

fundamentais, os quais vêm passar da declaração constitucional formal à efetiva realização prática (*status positivus*)”⁸⁷.

No que diz respeito à escolha da sanção adequada, o princípio da proporcionalidade aplica-se na medida em que a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta sancionada e ao nível de prevenção pretendido (sob o risco de incorrer-se em hiperprevenção – ou *overdeterrence*⁸⁸, e, com isso, reduzir a eficácia da sanção em seu plano ético-pedagógico).

Assim, é necessário avaliar, dentre as sanções disponíveis (notadamente as sanções penais, administrativas e civis), qual seria a mais apropriada para punir e prevenir ponderadamente a conduta em referência. Nas palavras de José Gomes Canotilho, “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa ‘justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”⁸⁹.

(ii) a efetiva capacidade da autoridade sancionadora para perquirir e aplicar as sanções cominadas:

Em segundo lugar, deve-se considerar a efetiva capacidade da autoridade sancionadora para perquirir e aplicar as sanções cominadas ou, na forma descrita por

⁸⁷ 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. 143.

⁸⁸ *Deterrence* é assim definida pelo Black’s Law Dictionary: “The act or process of discouraging certain behavior, particularly by fear” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 9ª ed. Minnesota: West, 1999. p. 514). O nível ótimo de *deterrence* é aquele pelo qual obtém-se eficiência econômica, definida, de forma bastante simplificada, por A. Mitchell Polinsky como a situação em que “*there is no change from that situation that can make someone better off without making someone else worse off*” (POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4ª ed. Maryland: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 7). *Overdeterrence*, por consequência, é a situação em que são desencorajados mais comportamentos do que aqueles que otimamente desejar-se-ia desencorajar. Assim, se as sanções forem estabelecidas sem observância ao princípio da proporcionalidade e, portanto, “*se fijan por encima del nivel óptimo pasamos de la subdisuasión a la sobredisuasión (overdeterrence u overkill)*” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos – Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor* (art. 52 bis, ley 24.240). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p. 179). Tratando especificamente dos *punitive damages*, A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell abordam a possibilidade de *overdeterrence*, afirmando que “*if injurers are made to pay more than for the harm they cause, wasteful precautions may be taken, product prices may be inappropriately high, and risky but socially beneficial activities may be undesirably curtailed*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 111, n. 4, fev. 1998. p. 873). Como se verá adiante neste trabalho, isso não quer dizer que os *punitive damages* não se justifiquem em qualquer hipótese. Ao contrário, haverá casos em que os autores defendem a necessidade de recurso aos *punitive damages* para o atingimento do nível ótimo de *deterrence*. Nas palavras de Steven Shavell, isso apenas quer dizer que, em regra, “*if damages are set equal to losses, incentives to reduce risk will generally be desirable. If damages exceed losses, levels of care will tend to be excessive, and levels of activity will be too low*” (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 244).

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 152.

Suzanne Carval, “a maior ou menor facilidade com a qual é apreendida a autoridade investida do poder sancionador”⁹⁰. Com isso, quer-se dizer que é fundamental que a sanção seja aplicada por autoridade com efetiva capacidade para investigar possíveis descumprimentos da norma e aplicar a sanção cominada. Pois, como ressalta Suzanne Carval, não há “sanção sem ação”⁹¹.

Como explica Carval, a sanção civil seria, em muitos casos, preferencial às sanções penal e administrativa em razão da multiplicidade de agentes habilitados ao exercício da ação de responsabilidade civil, o que, ao menos em tese, reduziria os filtros para a apreciação de condutas ilícitas pela Justiça e, por consequência, aumentaria a submissão dos responsáveis às devidas sanções. De acordo com a autora, a sanção civil “é demandada pela vítima do ato ilícito, único habilitado, em princípio, a exercer a ação de responsabilidade civil”⁹².

Tratando-se de sanções penais e administrativas, há, em regra, um intermediário entre as vítimas do ilícito e o exercício do direito de ação: seja no âmbito penal (com o delegado e o Ministério Público), seja na esfera administrativa (como os agentes administrativos, membros de conselhos de classe entre outros), há sempre alguém que se coloca como filtro para a perquirição do ilícito⁹³. Na visão de Suzanne Carval, a possibilidade de ação diretamente pela vítima é, em muitos casos, um efetivo “contrapeso aos monopólios públicos ou parapúblicos persecução”⁹⁴. Reforça, ainda, a autora que “a experiência mostra, de fato, que não é bom que apenas um organismo detenha, de fato ou de direito, o monopólio da persecução dos atos repreensíveis”⁹⁵, já que isso leva invariavelmente ao que a autora denomina de “desvios”⁹⁶ e “ocultações”⁹⁷.

⁹⁰ No original: “(...) la plus ou moins grande facilité avec laquelle est saisie l'autorité investie du pouvoir de sanction (...)” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 234).

⁹¹ No original: “de sanction sans action” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 235).

⁹² No original: “(...) est demandée par la victime de l'acte fautif, seule habilitée, en principe, à exercer l'action en responsabilité civile” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 235).

⁹³ Afirma a autora: “Or, de ce point de vue, il existe une différence très nette entre la responsabilité civile et les autres droits sanctionnateurs, qu'il s'agisse du droit pénal, administrative ou disciplinaire. Ces derniers dépendent en grande part, pour leur mise en œuvre, de la décision d'un organisme spécialisé, qui choisit, selon les cas d'espèce, d'enclencher ou non des poursuites. Il en est ainsi, pour le droit pénal, du parquet mais aussi, dans le domaine du droit pénal 'technique', des administrations habilitées à constater les infractions et qui, en pratique, décident souvent elles-mêmes de l'opportunité d'une poursuite pénale” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 235).

⁹⁴ No original: “contrepois aux monopoles publics ou parapublics de poursuite” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 239).

⁹⁵ No original: “L'expérience montre, en effet, qu'il n'est jamais bon qu'un seul organisme détienne, en fait ou en droit, le monopole de la poursuite des actes répréhensibles” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 40).

⁹⁶ No original: “détournement” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 240).

Antes de determinar a sanção adequada para controlar determinada conduta indesejada, é necessário, portanto, avaliar qual a esfera do direito mais adequada para, naquela situação específica, perquirir e sancionar de maneira efetiva a referida conduta.

(iii) *os eventuais limites do poder repressivo da autoridade sancionadora:*

Finalmente, e complementando a ideia anteriormente exposta, uma sanção só deve ser eleita após a cuidadosa apuração dos eventuais limites do poder repressivo da respectiva autoridade sancionadora. Nas palavras de Suzanne Carval, é necessário atentar para “a importância dos limites dentro dos quais se insere seu poder repressivo”⁹⁸. Mais do que isso, é necessário averiguar se tais limites trazem consigo alguma consequência para a aplicabilidade e efetividade da referida sanção.

De acordo com Carval, os limites possivelmente encontrados pelas autoridades sancionadoras podem ser de duas sortes: (a) a eventual impossibilidade (ou dificuldade) de imposição de sanção contra pessoa jurídica; e (b) a exigência, mais ou menos estrita, de respeito ao princípio da estrita legalidade⁹⁹.

Em primeiro lugar, a autora exalta a dificuldade encontrada pelo Direito Penal para a imposição de sanção contra pessoa jurídica¹⁰⁰: a regra é de que pessoa jurídica não comete crime e, portanto, não pode ser penalmente responsabilizada. Os crimes cometidos por tais entidades seriam, na verdade, resultado de atos voluntários de pessoas físicas, estas sim passíveis de condenação penal¹⁰¹. Assim, caso a conduta objeto de sanção seja regularmente praticada por pessoa jurídica, seria mais indicada a imposição de sanção civil ou administrativa¹⁰².

⁹⁷ No original: “occultation” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 240).

⁹⁸ No original: “l’importance des limites dans lesquelles est enserré son pouvoir répressif” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 234).

⁹⁹ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 243.

¹⁰⁰ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 247.

¹⁰¹ Ensina Carval que “Le principe de l’irresponsabilité des personnes morales, qui a longtemps prévalu en droit pénal, entravait considérablement, par exemple, la correcte application des règles relatives au droit des affaires, la plupart des infractions étant commises, en la matière, par des personnes physiques agissant, non en leur nom propre, mais au nom d’une société” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 243).

¹⁰² Nas palavras de Suzanne Carval: “Les règles de la responsabilité civile permettent, elles aussi, que soit condamné un être moral (A) et la fonction punitive de cette discipline pourrait donc, aussi utilement que les sanction administratives, relayer sur ce point un droit pénal qui, en dépit d’aménagements récents, ne consacre toujours pas de façon absolue le principe de la responsabilité des personnes morales (B)” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 244).

Por outro lado, é necessário atentar para a eventual sujeição do regramento ao princípio da estrita legalidade. Carval reconhece que a necessidade de tipos penais fechados implica, em muitos casos, ônus extremamente gravoso para o sucesso das sanções penais¹⁰³. Como bem ressalta a autora, as sanções civil e administrativa têm o benefício de gozar de um “caráter atenuado do princípio da legalidade”¹⁰⁴ e, por isso, podem ser extremamente úteis para regular comportamentos de difícil tipificação. A nosso ver, tais comportamentos podem ser facilmente identificados na “sociedade de risco”, em que os fatos evoluem muito mais rapidamente que os regramentos jurídicos. Em campos como as ciências biológicas (notadamente a biotecnologia), por exemplo, a lei não é (e, ao que parece, jamais será) capaz de acompanhar o avanço tecnológico. Neste contexto, regramentos jurídicos sujeitos à legalidade estrita não se mostram eficientes para sancionar comportamentos tão dinâmicos¹⁰⁵.

Com a explicação acima, e embora a primeira vista possa parecer assim, não se quer demonstrar a superioridade da sanção civil com relação às sanções penal ou administrativa. Parece bem claro, ainda, que tampouco se está a defender um sistema ancorado num único tipo de sanção. A nosso ver, não há sistema sancionador vitorioso. Vitoriosa, sim, a sociedade que conta com um sistema misto equilibrado, que opte pelas sanções adequadas para regular cada comportamento indesejado e, desta forma, atinja o fim máximo de pacificação social¹⁰⁶.

Nossa sociedade ainda nos parece distante daquela que acabamos de enunciar. Os instrumentos sancionatórios atualmente disponíveis, sub e mal utilizados como hoje o são, mostram-se inadequados e incapazes de desempenhar minimamente suas funções repressora e preventiva. O sistema atual de prevenção (e precaução¹⁰⁷) de danos tem se

¹⁰³ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 247.

¹⁰⁴ No original: “caractère atténué du principe de légalité” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 248).

¹⁰⁵ Defende Carval que: “Le législateur qui opterait pour une sanction civile des agissements illicites pourrait, tout d’abord, laisser au juge une marge d’appréciation plus étendue que celle qu’il est en droit de conférer au juge pénal (A); il n’est pas impossible, enfin, que le juge civil s’arroge lui-même, dans certaines hypothèses, un pouvoir d’interprétation extensive des textes qui prévoient une peine privée (B)” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 248).

¹⁰⁶ No mesmo sentido Suzanne Carval, para quem “il n’est pas question, pour nous, des défendre la thèse d’une substitution de la répression civile à celle effectuée par le droit pénal. La peine privée n’a d’autre vocation, à nos yeux, que de compléter le système répressif existant, de suppléer à certaines de ses carences” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 303).

¹⁰⁷ A diferenciação entre prevenção e precaução será feita oportunamente, ao longo deste trabalho.

mostrado insuficiente para proporcionar paz social e, conseqüentemente, preservar a dignidade humana¹⁰⁸.

2.2.1. A insuficiência do Direito Penal como instrumento de pacificação social

A mera menção à falência dos sistemas penal e administrativo com relação ao controle do risco (prevenção) e à pacificação social (repressão) já seria suficiente. O sentimento geral de insegurança e de colapso nos entes administrativos é tamanho que sequer seria necessário gastar muitas linhas para convencer o leitor acerca da insuficiência dos Direitos Penal e Administrativo como instrumentos de pacificação social.

Há no Brasil uma sensação geral de completa impunidade. Conforme aponta José Reinaldo De Lima Lopes, “[a] experiência cotidiana de qualquer brasileiro é a da convivência contínua com a impunidade: desrespeito à legislação de trânsito, desrespeito à legislação de zoneamento urbano, às leis de silêncio, às leis de preservação de áreas verdes nas cidades, sem falar naquele hábito nacional da cola nos colégios, quando as crianças já se socializam na cumplicidade contra o esforço da meritocracia”¹⁰⁹.

E tal sensação se confirma por estudos diversos. Conforme levantamentos apontados pelo mesmo autor, a título meramente exemplificativo, “[d]os crimes financeiros (previstos na Lei n. 7.492/86) inicialmente descobertos pelo Banco Central do Brasil e encaminhados ao Ministério Público, somente 3,9% chegam à condenação. Estudo feito pela Comissão Justiça e Paz de São Paulo em 1993 mostrou que apenas 20% dos réus de homicídios contra crianças eram condenados”¹¹⁰.

As causas da impunidade no Brasil são frequentemente objeto de estudo de penalistas engajados na área. A desilusão com o problema é tamanha que alguns juristas, dentre os quais Rogério Lauria Tucci, chegam a afirmar que “[u]ma das causas da impunidade, talvez a principal, e *sui generis*, é que o brasileiro (contraventor por excelência, como, diuturna e ironicamente, observava o saudoso Prof. Manoel Pedro

¹⁰⁸ Como bem ensina Maria Celina Bodin De Moraes, a solidariedade social é um direito decorrente do direito fundamental à dignidade humana, por decorrência do artigo 3º, I, da Constituição Federal (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 110). De acordo com a autora, “a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’” (Ibidem, pp. 111-112). A repressão e a prevenção de danos são, portanto, instrumentos essenciais para a manutenção de um ambiente de solidariedade social e, por consequência, para a preservação da dignidade humana.

¹⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 42, fev. 2000. p. 78.

¹¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário, p. 78.

Pimentel, um dos maiores juristas do Brasil, e conhecedor como ninguém dos problemas da execução penal), sobretudo as autoridades constituídas não cumprem a lei”¹¹¹.

Diversos estudos, contudo, indicam que a principal causa da impunidade no Brasil é a incapacidade (ou, pelo menos, a inadequação) dos instrumentos disponibilizados pelo atual sistema penal para lidar com os desafios do mundo em que vivemos. De maneira bastante didática e direta, Luiz Flávio Gomes aponta aqueles que, na opinião do autor, seriam os dez principais motivos para explicar a incapacidade do Direito Penal para controlar a criminalidade no Brasil¹¹²:

1. Inadequação dos tipos legais, ora com a “ausência de criminalização”¹¹³ de condutas indesejáveis, ora com a “criminalização excessiva”¹¹⁴ de condutas que não deveriam ser abrangidas pelo Direito Penal;

2. “[D]escrença na justiça”¹¹⁵, que leva, em muitos casos, a própria vítima a não comunicar os delitos às autoridades competentes;

3. Falta de estrutura, recursos humanos e capacitação técnica dos agentes públicos¹¹⁶ que implicam em “seletividade”¹¹⁷ dos delitos submetidos a investigação;

4. Inadequação e ineficácia da investigação criminal, causada por inúmeros fatores: ausência de cooperação de vítimas e testemunhas, “morosidade, cartorialização e burocratização do inquérito policial”¹¹⁸, investigações “corporativistas”¹¹⁹ ou “manipuladas”¹²⁰ etc;

¹¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. A impunidade no Brasil: De Quem é a Culpa? Como Combatê-la? *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v.5, n. 15, set./dez. 2001. p. 39.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil: De Quem é a Culpa? (Esboço de um Decálogo dos Filtros da Impunidade). *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v.5, n. 15, set./dez. 2001. p. 36.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 36.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 36.

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 36.

¹¹⁶ A situação precária dos entes públicos brasileiros é evidenciada em interessante “estudo sobre a morbi-mortalidade de crianças vítimas de violência”, de autoria de Romeu Gomes. Deparando-se com números desoladores que indicam a total impunidade nos crimes de violência contra crianças, registra o autor: “O desfecho das denúncias, após decorridos cinco anos do seu registro, foi desolador. Os dados revelam que poucos inquéritos foram instaurados e apenas um virou processo, caso em que o réu foi considerado inocente, provavelmente por falta de provas. Alguns inquéritos foram arquivados e outros continuavam em andamento. Estes últimos possivelmente serão arquivados, em razão do tempo”. E completa: “Sabe-se que as condições em que se encontram as polícias civil e militar, assim como o aparelho público em geral, são, no mínimo, ruins. Faltam recursos financeiros, pessoal qualificado, equipamentos e, principalmente, a mobilização das pessoas para que essas instituições possam desempenhar seus papéis na sociedade. Essas condições, ou melhor dizendo, a falta delas, são reflexos de um Estado que, no campo social, pouco investe ou, em alguns momentos, age de forma incompetente” (GOMES, Romeu. Da denúncia à impunidade: um estudo sobre a morbi-mortalidade de crianças vítimas de violência. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, abr. 1998. p. 309).

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 36.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

¹²⁰ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

5. Dificuldades para a abertura do processo criminal: inúmeros requisitos formais, dificuldades para citação do réu, “ ‘engavetamento’ no Ministério Público”¹²¹, imunidades de diversos agentes públicos;

6. Complexidade da prova e dificuldade para a “comprovação legal e judicial do delito”¹²²;

7. Incompatibilidade do Direito Penal (e do Processo Penal) com a atual “criminalidade globalizada”¹²³;

8. Extrema dificuldade para condenação de criminosos, em razão dos inúmeros benefícios legais previstos para a proteção do réu;

9. Incidência das múltiplas hipóteses de prescrição previstas na esfera penal;

10. Extrema fragilidade do sistema de execução penal: mandados de prisão não cumpridos, insuficiência do sistema prisional (lotação e incapacidade para controlar fugas), dificuldade quanto à “individualização da pena (aplicação de multa a quem não tem a mínima condição de pagar (...))”¹²⁴.

Diante dos estudos ora apresentados, parece-nos claro que muitas das deficiências atualmente apresentas pelo Direito Penal, como instrumento de pacificação social, decorrem da inadequada abrangência conferida a tal ramo do Direito. Em muitos casos, a opção por uma sanção penal para punir determinada conduta não decorre de requintada técnica legislativa (que considere todos os fatores já mencionados neste trabalho para a escolha da sanção adequada). Com isso, o Direito Penal passa a regular matérias que, talvez, não deveriam ser por ele reguladas. Abre seus braços a um sem número de situações jurídicas e, ao mesmo tempo, mostra-se ineficaz no efetivo sancionamento de tais situações.

Parece-nos, ainda, que o Direito Administrativo não é suficiente para suprir as necessidades (e/ou deficiências) do atual sistema penal, especialmente porque aquele está sujeito a muitos dos problemas que levaram este à quase total falência. Seja por incapacidades da estrutura administrativa, seja pela corrupção que cada vez mais se alastra pelos órgãos da Administração, o fato é que a sanção administrativa não se mostra como complemento adequado e suficiente para o desenvolvimento de um sistema jurídico efetivamente capaz de proporcionar pacificação social.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

¹²² GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil, p. 37.

Suzanne Carval fala, ainda, em duas características da sanção administrativa que fragilizariam o instituto como instrumento de pacificação social: (i) o órgão que aplica a sanção é, em regra, o mesmo órgão responsável pela edição do regulamento que cria a referida sanção¹²⁵; e (ii) o processo administrativo apresenta maiores limitações ao contraditório e à ampla defesa, o que, muitos casos, o coloca em grau de inferioridade em comparação com os processos penal e civil¹²⁶.

Mais uma vez, o que se nota é que um sistema satisfatório de repressão e prevenção de comportamentos indesejados deve estar amparado não apenas em um único instrumento sancionatório. É essencial que haja equilíbrio e adequação no uso das sanções penal e administrativa. Mais do que isso, é essencial a efetiva integração do Direito Civil a esse contexto, especialmente como instrumento de prevenção de danos. Para tanto, contudo, é fundamental uma mudança sensível quanto à forma como atualmente se concebe a responsabilidade civil. É preciso passar a enxergá-la como instrumento essencial para a prevenção de danos, buscando meios efetivos para a realização desta função.

2.2.2. A insuficiência do atual modelo de responsabilidade civil, de mera reparação/satisfação do dano

Embora tenhamos convicção de que um sistema equilibrado de repressão e prevenção de condutas indesejadas deva conter a responsabilidade civil em papel de destaque, parece-nos igualmente claro que a concepção atual da responsabilidade civil não é suficiente para que o instituto contribua de maneira eficiente para a pacificação social.

Embora a função preventiva da responsabilidade civil seja majoritariamente recebida e aceita pela doutrina¹²⁷, em geral está-se a falar em uma “função automática da responsabilidade civil”¹²⁸, ou seja, “[c]ada vez que é determinada uma indenização ao réu, essa sanção deveria servir não só para ressarcir os prejuízos da vítima, mas também para ameaçar com a aplicação dessas penas o culpado e o resto da sociedade”¹²⁹. Mas como

¹²⁵ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 255.

¹²⁶ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 256.

¹²⁷ Tal como mencionado no item 2, acima.

¹²⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 83. Em sua *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen trata de forma interessante da referida função preventiva automática da responsabilidade civil, afirmando que a responsabilidade civil (“execução civil”) possui um efeito preventivo natural, ainda que não configure uma “pena” (entendendo-se aqui, portanto, ainda que limitada ao estrito valor reparatório) (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Armado, 1979. pp. 164-165).

¹²⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 83.

bem ressalta Teresa Ancona Lopez, “a indenização não tem funcionado com esse efeito intimidativo, evitando que outros danos possam acontecer”¹³⁰.

Os motivos apontados pela doutrina para essa insuficiência desta função preventiva automática da responsabilidade civil são basicamente dois, um geral e outro específico.

Em primeiro lugar, a doutrina fala em desgaste da responsabilidade civil pela atuação do seguro de danos. Como defende André Tunc, a prevenção objetivada com a responsabilidade civil é minimizada pelo advento do seguro de responsabilidade civil¹³¹. O seguro produziria esse efeito por permitir a contabilização antecipada de danos eventualmente causados e, por isso, reduziria o risco envolvido na responsabilidade civil¹³². Trata-se do chamado problema do risco moral (“*moral hazard*”), assim chamado o risco de que um agente econômico mude seu comportamento, e passe a agir de maneira socialmente inadequada, em razão de seguro que elimine completamente seus riscos¹³³. No entanto, como ensina Steven Shavell, embora diversos doutrinadores apontem o seguro de responsabilidade civil como um obstáculo à prevenção de danos, o instrumento é

¹³⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 83. Não parece mais atual, portanto, o posicionamento de G. Marton, para quem a certeza do dever reparatório desestimula, por si só, a maioria dos indivíduos de cometer atos capazes de gerar danos a outrem (MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 349).

¹³¹ TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2ª ed. Paris: Editora Economica, 1989, p. 137.

¹³² A respeito do tema, John G. Fleming: “*The deterrent function of the Law of torts was severely, perhaps fatally, undermined by the advent of liability insurance. Correspondingly, the claim that negligence is superior to strict liability because of its deterrent function suffered a vital blow. The basic assumption of the penal theory had always been that the financial impact of an adverse verdict would serve to warn the tort-feasor and others against the consequences of substandard conduct. But it could have such an educative effect only so long as he would feel that deterrent lash. Liability insurance cushioned him against its impact in advance, and thus removed the primary incentive toward the observance of care so heavily emphasized by the champions of the negligence criterion. Consistent with their beliefs, they should perhaps have insisted that insurance against liability for negligence violated the policy of the law as clearly as does insurance against liability for deliberate harm. Such a proposal was, however, never seriously entertained, except in the Soviet Union, which maintains a ban against liability insurance in conformity with its general belief in the accident-preventive function of tort law, even to the point that the Soviet counterpart of the workmen's compensation insurer has an unqualified right of recoupment against a negligent employer. However, so far as our law is concerned, in company with most of the rest of the world, the endorsement of liability insurance represented, if not an actual disavowal of the deterrent theory, at least an admission that deterrence was a less important object of the law than the freedom of would-be tort-feasors to secure themselves against its impact*” (FLEMING, John G. *The Role of Negligence in Modern Tort Law*. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 53, n. 4, mai. 1967. pp. 823-824).

¹³³ O problema do risco moral é muito bem exemplificado por A. Mitchell Polinsky: “*For instance, if personal items left in your car are completely insured against theft, you might be more likely to leave your camera on the back seat rather than to go to the trouble of putting it in the trunk of the car. This example illustrates a general problem: the provision of insurance tends to increase the probability of a loss or the size of the loss because the insured person has less of an incentive to take precautions. This phenomenon is referred to in the insurance literature as the problem of moral hazard*”. Mas completa o autor: “*In principle, the moral hazard problem can be overcome by adjusting the insurance premium to reflect the increase in the expected loss resulting from the insured person's taking less care*” (POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, pp. 60-61).

geralmente considerado legal nos países ao redor do mundo e, “provavelmente o mais notável exemplo de antagonismo ao seguro de responsabilidade civil tenha sido o completo banimento no seu uso pela extinta União Soviética”¹³⁴.

Em segundo lugar, fala-se em insuficiência dos atuais padrões da responsabilidade civil para prevenir o dano moral. A insuficiência do instituto decorreria dos valores relativamente baixos atualmente atribuídos para a indenização do dano moral: se de um lado tais valores seriam insuficientes para prevenir ilícitos semelhantes (pois não representam suficiente ameaça para inibir potenciais infratores de reincidirem na referida conduta)¹³⁵, de outro são usualmente insuficientes para compensar adequadamente a vítima, representando afronta ao princípio da preservação da dignidade da pessoa humana¹³⁶.

Diante desse contexto, parece claro que a efetivação da função preventiva da responsabilidade civil passa por uma necessária mudança paradigmática do instituto, superando-se a visão tradicional de que “a resposta jurídica ao dano há de ser, única e exclusivamente, a reparação”¹³⁷. A função preventiva da responsabilidade civil não há de prevalecer enquanto a responsabilidade civil limitar-se à indenização, e esta ao estrito valor reparatório. No mundo atual não parece haver mais a tal “função preventiva automática da responsabilidade civil”. E a inclusão desta função preventiva parece inevitavelmente envolver a culpa como elemento essencial.

¹³⁴ SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 267. Shavell ressalta em seus estudos, contudo, que, via de regra, o seguro de responsabilidade civil deve ser considerado socialmente desejado. De acordo com o autor, “*The particular arguments demonstrating this result depend on the form of liability and insurer’s information about insureds’ behavior. The arguments were, roughly, based on the following considerations. The availability of liability insurance increases the welfare of risk-averse injurers because it protects them from risk and ameliorates the problems that they would otherwise take excessive care or be discouraged from engaging in desirable activities. Moreover, the availability of liability insurance does not necessarily dilute injurers’ incentives to reduce risk, and where it does do that, the dilution of incentives will be moderate, for policies that would substantially increase risks would be so expensive that they would not be attractive for purchase*” (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 266).

¹³⁵ De acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade, “o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 154).

¹³⁶ A inadequação dos valores fixados para a compensação de danos morais é criticada por Maria Celina Bodin de Moraes, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. A autora acrescenta, ainda, que “[a] mudança de perspectiva em direção à adoção do conceito de dignidade humana como fundamento do dano moral influencia ainda o critério da reparação integral, em razão do peso atribuído às próprias condições pessoais da vítima. Se foi sua dignidade lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 306).

¹³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 220.

3. A CULPA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO

A tradicionalíssima obra de Thomas S. Kuhn, *“The Structure of Scientific Revolutions”*, ganhou destaque por apresentar a ciência como um complexo de ideias e modelos constantemente sujeito a rupturas e reformulações¹³⁸. Kuhn descreve que paradigmas são criados a partir do trabalho de pesquisadores que, ao longo de anos, estabelecem conceitos básicos fundamentais que (i) por seu prestígio, passam a ser seguidos por grande parte da comunidade científica; e (ii) por serem suficientemente abertos, apresentam problemas de toda ordem para que a comunidade científica continue a estudá-los¹³⁹. Kuhn intitula as linhas científicas que investigam os paradigmas de ciência normal (*“normal science”*)¹⁴⁰.

O objetivo da ciência normal é reafirmar o paradigma. A ciência normal não busca novos fatos ou teorias. No entanto, “novos e inesperados fenômenos são, contudo, repetidamente descobertos pela pesquisa científica, e teorias radicalmente novas são frequentemente inventadas por cientistas”¹⁴¹. Como afirma Kuhn, “a pesquisa sobre um determinado paradigma é um modo particularmente efetivo de induzir uma mudança paradigmática”¹⁴².

A crise do paradigma, decorrente dos “novos e inesperados fenômenos” que colocam em cheque os fundamentos até então aceitos, é uma “precondição necessária à emergência de novas teorias”¹⁴³. No entanto, a crise não resulta em mudança imediata de paradigma. A comunidade científica reluta em aceitar o nascimento de novo paradigma e, via de regra, busca adequar os novos fenômenos aos antigos conceitos, mantendo assim a força do antigo paradigma enquanto ele for suficiente para responder à maioria das necessidades¹⁴⁴.

¹³⁸ KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*; with an introductory essay by Ian Hacking. 4^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

¹³⁹ KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, pp. 10-11.

¹⁴⁰ KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 11.

¹⁴¹ No original: “New and unsuspected phenomena are, however, repeatedly uncovered by scientific research, and radical new theories have again and again been invented by scientists” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 52).

¹⁴² No original: “(...) the research under a paradigm must be a particularly effective way of inducing paradigm change” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 52).

¹⁴³ No original: “[let us assume that crises are a] necessary precondition for the emergence of novel theories [...]” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 77).

¹⁴⁴ Afirma KUHN: “(...) Part of the answer, as obvious as it is important, can be discovered by noting first what scientists never do when confronted by even severe and prolonged anomalies. Though they may begin to lose faith and then to consider alternatives, they do not renounce the paradigm that has led them into

A crise de um paradigma, contudo, leva a comunidade científica a repensá-lo, para buscar as respostas que o paradigma em crise já não pode responder. Os estudos oriundos da crise geram um novo paradigma e uma nova ciência normal, dando origem a uma espécie de ciclo virtuoso (novos estudos devem descobrir novos fenômenos e, por consequência, novas crises paradigmáticas). Trata-se da chamada “revolução científica”¹⁴⁵, o processo pelo qual “um paradigma antigo é substituído total ou parcialmente por um novo e com ele incompatível”¹⁴⁶. É interessante notar que, conforme explica Kuhn, tal processo é bastante dinâmico e irregular, na medida em que “durante o período de transição [de um paradigma para outro] haverá uma grande mas nunca completa sobreposição dos problemas que podem ser resolvidos pelo antigo e pelo novo paradigmas”¹⁴⁷.

Parece-nos clara a aplicação dos princípios enunciados por Thomas S. Kuhn à situação atual da responsabilidade civil. Fundada no paradigma clássico da adstrição à reparação do dano (consagrada nos princípios do *neminem laedere* e de *restitutio in integrum*, tão aclamados e reconhecidos pela comunidade jurídica), a responsabilidade civil parece ter se deparado com um novo fenômeno para qual ainda não encontrou resposta satisfatória: a necessidade de inserção do instituto num sistema complexo de sancionamento de condutas indesejadas, de modo a atuar como elemento essencial para a prevenção de danos.

O paradigma clássico da responsabilidade civil encontra-se em crise e precisa ser substituído por outro, capaz de atender às funções modernas do instituto e adequá-lo às necessidades da sociedade contemporânea. E parece-nos nítido que a construção deste novo paradigma passa necessariamente pela releitura da função da culpa no sistema atual de responsabilidade civil.

3.1. O conceito de culpa e a supostamente desgastada noção dos graus de culpa

“Apesar de a palavra *culpa* ser usada há milhares de anos, força é reconhecer que sua noção é, ainda hoje, a mais confusa, obscura e imprecisa que se pode encontrar no

crisis. They do not, that is, treat anomalies as counterinstances, though in the vocabulary of philosophy of science that is what they are” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 77).

¹⁴⁵ No original: “*scientific revolution*” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 92).

¹⁴⁶ No original: “[*In particular, the preceding discussion has indicated that scientific revolutions are here taken to be those non-cumulative developmental episodes in which*] an older paradigm is replaced in whole or in part by an incompatible new one” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 92).

¹⁴⁷ No original: “*During the transition period there will be a large but never complete overlap between the problems that can be solved by the old and by the new paradigm*” (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*, p. 85).

direito, pelo menos, quanto à responsabilidade extracontratual”¹⁴⁸. Como bem ressalta Alvino Lima, “inúmeras são as definições de culpa baseadas na reunião de dois elementos: um elemento objetivo – a lesão do direito de outrem, o atentado ilegal ao direito alheio; e um elemento subjetivo, psicológico – o fato de prever ou ter podido prever o atentado ao direito de outrem”¹⁴⁹.

Em geral, a doutrina divide-se em dois grupos no que diz respeito à definição do conceito de culpa. De um lado reúnem-se aqueles que, como Clóvis Beviláqua, entendem que “na culpa há sempre a violação de um dever preexistente”¹⁵⁰. Na ausência de dever específico, referem-se, tais autores, a um dever geral de cautela¹⁵¹ ou, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, a um dever geral de não causar danos, decorrente do princípio *neminem laedere*¹⁵². De outro lado, encontram-se aqueles, como Alvino Lima, para quem a culpa configuraria um erro de conduta¹⁵³, porque destoaria do padrão de conduta que seria adotado pela popular figura do *bonus pater familias*¹⁵⁴.

Somando-se à dissonância doutrinária acerca do fundamento da noção de culpa, há também dificuldade de consenso quanto aos “elementos que devem ser considerados na apreciação da conduta daquele que agiu ou se omitiu”¹⁵⁵. Para solucionar este problema, a doutrina construiu as noções de culpa *in concreto* e culpa *in abstracto*, que não representam necessariamente noções excludentes. A primeira (culpa *in concreto*) estaria ligada à efetiva condição subjetiva do agente, o que depende de avaliação do caso concreto para sua aferição. A segunda (culpa *in abstracto*) é aquela que decorre da comparação

¹⁴⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Luso-Brasileiro*. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1951. p. 577.

¹⁴⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 57.

¹⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921. p. 415.

¹⁵¹ Nesse sentido Sergio Cavalieri Filho, para quem a culpa seria a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 59).

¹⁵² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*, p. 10.

¹⁵³ Para Alvino Lima “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato” (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 76). A culpa como erro de conduta também é defendida por Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 20ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 658).

¹⁵⁴ Mauro Bussani discorre longamente sobre o tema em sua obra “As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado”. De acordo com o autor: “No âmbito da culpa aquiliana, o ensinamento habitual – difundido em grande parte dos sistemas jurídicos, tanto do *common law* quanto da *civil law* – quer que cada concidadão dirija a própria conduta de acordo com o parâmetro de diligência exigível do chamado ‘homem médio’: o comportamento de cada um deve referir-se ao nível daquela ficção de indivíduo que, hoje como no passado, se supõe dotado de consciência comum, musculatura mediana, reações ordinárias, habilidade e costumes padronizados, inteligência e memória perfeitamente normais” (BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Tradução: Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 9).

¹⁵⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*, p. 12.

entre a conduta do caso concreto e aquela esperada do homem médio¹⁵⁶ (ou, como já mencionado, bom pai de família)¹⁵⁷.

A doutrina, contudo, não tem mais adotado a referida distinção de forma rígida¹⁵⁸. Diante das peculiaridades da sociedade moderna já não se fala mais em dois blocos estanques de métodos e elementos para apreciação da culpa. “Sem abandonar o método *in abstracto* ou retornar ao exame da imputabilidade moral, os tribunais têm, em toda parte, procurado dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamentos”¹⁵⁹. Fala-se hoje em *standards específicos de conduta*¹⁶⁰ - uma espécie de harmonização entre o padrão genérico de conduta e as peculiaridades do caso concreto (notadamente as características pessoais do agente) -, que permitem ser razoável exigir-se do agente em concreto um padrão de conduta específico (mais ou menos diligente que aquele que se exigiria do *bom pai de família* ou *homem médio*)¹⁶¹.

¹⁵⁶ Nos países de *common law* fala-se em “*reasonable person*”, “*reasonable man*”, “*person of ordinary prudence*”, “*prudent person*” para se referir ao mesmo standard de conduta representado pelo bom pai de família. Como lecionam John L. Diamond, Lawrence C. Levine e M. Stuart Madden, “*the most common standard of care in negligence law commands the defendant to act as would a reasonably prudent person in the same or similar circumstances*” (DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. *Understanding Torts*. 3ª ed. Newark: Lexis Nexis, 2008. p. 45). O caso seminal em matéria de *standard* de razoabilidade de conduta foi *Vaughan v. Menlove* (132, Eng. Rep. 490) julgado em 1837, em que, refutando-se uma aplicação puramente subjetiva do conceito de culpa, a Corte estabeleceu o dever de observância de um nível de cautela equivalente àquele que “*a man of ordinary prudence would observe*”. Para mais detalhes sobre o tema, recomenda-se a leitura do interessante artigo “*The Reasonable Man: Legal Fiction or Psychosocial Reality?*”, de Edward Green (*In Law & Society Review*, Utah, v. 2, n. 2, fev. 1968).

¹⁵⁷ Como ensina Alvino Lima, entende-se que “temos uma obrigação legal de agir com prudência e diligência em todos os atos de nossas atividades; seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis” (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, pp. 66-67).

¹⁵⁸ Como afirma Marcelo Junqueira Calixto, “(...) não parece equivocado afirmar uma *aproximação* entre as duas formas de apreciação de conduta sem que se possa, nos dias que correm, sustentar a adesão total a uma ou outra concepção, tal como originariamente formuladas” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*, p. 17).

¹⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 41.

¹⁶⁰ Como falam Anderson Schreiber e Mauro Bussani, por exemplo. (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, pp. 41-43; e BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa*, pp. 160-162).

¹⁶¹ Anderson Schreiber, no entanto, prefere não falar em características pessoais do agente, mas sim em “fatores atinentes à sua formação socioeconômica”: “Estes modelos levam em consideração não as características individuais do sujeito (análise *in concreto*), mas fatores atinentes à sua formação socioeconômica que, muitas vezes, se vinculam indissociavelmente à situação analisada” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 41-42). Mauro Bussani, por sua vez, refere-se a uma “figura sintomática”: “A oportunidade de refletir sobre a articulação dos níveis de conduta exigíveis de cada uma das categorias de sujeitos – distintos do ‘homem médio’ –, coloca, em primeiro plano, a necessidade de individualizar o modelo de referencia plausível, e externo ao centro de valoração subjetiva constituído pelo juiz ou pelo próprio autor do dano. (...) Em outros termos, não vale a pena promover reflexões de porte geral, ou, de qualquer modo, extensíveis a todas as possíveis conseqüências dos problemas ligados à operatividade do critério culpa, mas indicar, no seio de um exclusivo projeto de *sententia ferenda*, quais são os modelos de conduta que é oportuno adotar, nos juízos em que o relevo de algumas

Uma análise *in concreto* da culpa também será importante quando houver necessidade de avaliação dos graus de culpa, classificação considerada por muitos como *ultrapassada* mas que, ao nosso ver, possui alguma importância para a consecução da função preventiva da responsabilidade civil¹⁶² e a necessidade de desestimular comportamentos indesejados¹⁶³.

Os graus da culpa buscam aferir no caso concreto qual a intensidade de culpa da qual estava imbuído o autor do dano ao desempenhar determinada conduta indesejável. A culpa (*lato sensu*), de que tratamos até agora, pode ser conceitualmente dividida em quatro graus diferentes: dolo, culpa grave, culpa leve e culpa levíssima¹⁶⁴. Dolo é “a vontade da contrariedade do direito”¹⁶⁵ ou, em outras palavras, a intenção deliberada de “provocar dano ao interesse alheio”¹⁶⁶. Culpa grave “é a decorrente de uma violação mais séria do

peculiaridades dos protagonistas – *i.e.* a tenra idade, a enfermidade física ou psíquica, ou os conhecimentos ou as atitudes superiores à média – acabem por tornar injustificável a referência ao paradigma do homem médio. Daí a necessidade de encontrar uma noção de *standard* adequada ao quadro de interesses e de valores (com relevo normativo) em que se insere a hipótese concreta; e, na mesma perspectiva, a exigência de individuar, para cada categoria de sujeitos e segundo a atividade por eles exercida, um parâmetro – ou, querendo, uma ‘figura sintomática’ – capaz de inspirar e, em seguida, controlar a valoração da conduta de todo indivíduo pertencente à categoria dada” (BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa*, pp. 161-162).

¹⁶² Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a sobrevivência da culpa “se deve, certamente, ao seu papel importantíssimo de prevenção à ocorrência de danos e ao seu papel sancionador do responsável por conduta culposa. Contudo, não há como negar, a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de único ou de principal fundamento da responsabilidade civil” (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 151).

¹⁶³ Como afirma Marcelo Junqueira Calixto, “hoje, porém, a situação não parece mais ser a Ada total irrelevância do estudo dos graus, bastando observar que alguns diplomas civis reconhecem que o montante da reparação civil possa tomar em consideração, entre outros elementos, a gravidade da culpa. Tal construção jurídica teria por consequência mais imediata a abolição do princípio da reparação integral dos danos causados à vítima, importante conquista dos autores modernos, mas que não teria resistido à constatação de algumas situações reputadas ‘injustas’ por outros tantos autores” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*, p. 300).

¹⁶⁴ “Quanto à intensidade da culpa, no tocante à sua gravidade, é fato incontestável encontrarem-se nas fontes romanas as expressões *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa dolo proxima*, *culpa levis*, *culpa levior* e uma única vez *culpa levissima*. Daí a razão pela qual os glosadores, dominados pela idéia constante de tudo classificar, não hesitaram, sob o impulso dessa tendência sistematizadora, em estabelecer categorias e graus estimativos da intensidade da diligência empregada pelo devedor, no cumprimento da obrigação, ou, por outra, para o conhecimento da proporção de sua negligência no não cumprimento da obrigação. Surgiu então a *communis opinio* da tripartição da culpa lata, leve e levíssima” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 344). Em nossa classificação, incluímos ainda o dolo, como subcategoria da culpa *lato sensu*. Isso porque, “numa visão panorâmica do assunto, ensina Savatier que culpa ‘é a violação (intencional ou não) de um dever que o agente tinha a possibilidade de conhecer e observar’ (*Cours*, 1949, v. 2, p. 114). Como se vê, abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*, por isso que a intenção de prejudicar ou violar (*animus nocendi*) é a característica daquele, enquanto a culpa não vai além da negligência, imprudência ou imperícia” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Responsabilidade Aquiliana e suas Raízes*, p. 242).

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Boros, 1958. t. XXIII. p. 72.

¹⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, p. 319.

dever de diligência do homem mediano”¹⁶⁷. Culpa leve “é a falta evitável com atenção ordinária”¹⁶⁸. Culpa levíssima “é a falta evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular”¹⁶⁹. Independente do grau da culpa, o dano deverá ser indenizado uma vez que *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Nada obstante, conforme se verá adiante, o grau da culpa deve ser levado em conta para a definição do *quantum debeatur*, para o fim de consagrar a função preventiva da responsabilidade civil.

3.2. A culpa como pressuposto essencial de uma responsabilidade civil preventiva

A culpa, cada vez mais, perde lugar como pressuposto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão da cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco prevista no Código Civil de 2002¹⁷⁰. A força hoje assumida pela responsabilidade objetiva no ordenamento civil é resultado da já comentada irrefreável evolução da sociedade e do próprio direito¹⁷¹.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 490. Para Marcelo Junqueira Calixto, “a culpa grave ou lata revela-se no erro de conduta grosseiro, na incapacidade de perceber o que a imensa maioria dos seres humanos perceberia. Avizinha-se da culpa consciente dos penalistas que, como visto, muito se aproxima do dolo eventual” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*, p. 109). Pontes de Miranda acrescenta tratar-se da “culpa crassa, magna, nimia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidado indispensáveis” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXIII, p. 72).

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 491. “Esta culpa, por sua vez, é vista como erro de conduta que não seria cometido pelo ser humano prudente, nas circunstâncias do caso concreto” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*, pp. 114-115). Trata-se, portanto, da culpa padrão ou, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*” (FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 62).

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 491. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa: “Culpa levíssima é a falta evitável tão somente mediante a atenção extraordinária, em razão de habilidade ou de conhecimento singular. Assim como sucede na análise da culpa leve, a culpa levíssima é verificada mediante o princípio da razoabilidade” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, p. 320).

¹⁷⁰ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹⁷¹ Explica o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior: “Em parte, o que chamamos vulgarmente de *direito* atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O *direito* aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O *direito* contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 31).

A teoria que tinha a culpa como fundamento do dever de indenizar, imperiosa desde a *Lex Aquilia*¹⁷², não atendia mais à totalidade dos conflitos, mais complexos e massificados, dificultando sobremaneira a reparação dos danos e, assim, lesando desproporcional e injustificadamente as vítimas desses novos fenômenos. A falência do sistema tornou-se evidente no momento em que o sistema de responsabilidade civil então vigente passou a não mais atender à sua principal função, qual seja, a materialização do ideal de justiça social¹⁷³. É justamente para resgatar essa função que “a culpa, cuja prova antes configurava etapa difícilíssima a ser superada pelo autor da demanda, hoje vem, em um sem número de hipóteses, descartada”¹⁷⁴.

O enfraquecimento da culpa como fundamento da responsabilidade civil não significa, no entanto, a total abolição do instituto em matéria de responsabilidade civil. “Afinal, a responsabilidade objetiva não é sinônima de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade civil que *prescinde da culpa* e, conseqüentemente, dispensa, a princípio, a prova da culpa”¹⁷⁵. A culpa é inegavelmente um instrumento que, se bem utilizado, tem papel fundamental para a prevenção¹⁷⁶ de danos e, por esse motivo, deve ter destaque na disciplina da responsabilidade civil¹⁷⁷.

¹⁷² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 22.

¹⁷³ Ensina Sergio Cavalieri Filho que “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 36).

¹⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 5.

¹⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 271.

¹⁷⁶ Até este momento, tem-se utilizado de forma indistinta as expressões “prevenção” e “precaução”. Sabe-se, no entanto, não se tratarem de expressões sinônimas e são assim diferenciadas por Roberto Andorno: “*En el caso de la prevención, la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida, y lo único que si ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar a reducir los prejuicios causados por automotores. En cambio, el caso de la precaución, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante un riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial*” (ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 2002-D. p. 1326). Feitas essas ressalvas, mas tendo em vista os objetivos deste trabalho, optar-se-á indistintamente pela expressão “prevenção”, sem atenção ao estrito rigor técnico.

¹⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 151. Ademais, de acordo com Ariel Porat, “*law should not treat in the same manner the different types of instances of failure in balancing between interests. Both justice and deterrence considerations mandate different treatment for the different types of instances, in accordance with the type of interests that the negligent injurer failed to balance*”, e completa, “*the type of balancing of interests at which the negligent injurer failed is a central consideration in determining the degree to which it is crucial to impose liability on him, both from the perspective of deterrence and the perspective of justice*” (PORAT, Ariel. The Many Faces of Negligence. *Theoretical Inquiries in Law*, Berlim, v. 4, 2003. pp. 105 e 143).

É possível vislumbrar dois papéis distintos para a culpa, de forma que ela possa realizar sua função preventiva sem interferir nos pressupostos da responsabilidade civil – e, portanto, sem representar retrocesso na evolução do instituto. O primeiro, um papel de “culpa de precaução ou prevenção”¹⁷⁸, num contexto de responsabilidade preventiva. O segundo, um papel equalizador e dissuasório, por meio de recurso à culpa na quantificação do dano.

O papel da culpa de precaução ou prevenção é muito bem explorado por Teresa Ancona Lopez na tese que a levou ao cargo de Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. Nela, explicando a complexidade da sociedade moderna, Teresa propõe uma inversão na lógica da responsabilidade civil: da reparação dos danos para a prevenção (precaução) de danos. Como instrumento para uma eficaz prevenção de danos, Teresa propõe uma espécie de “responsabilidade preventiva [em] que o fundamento de responsabilidade no ‘defeito de precaução’ seja a **presunção de culpa** daquele que não respeitou o princípio da precaução diante de riscos hipotéticos ou conhecidos de danos irreversíveis”¹⁷⁹. De acordo com a autora, a presunção de culpa seria essencial para estimular os agentes a observarem o “dever de cuidado e prudência que deve haver na gestão de riscos da sociedade contemporânea”¹⁸⁰.

A tese de Teresa Ancona Lopez parece ser complementar a outra, igualmente vitoriosa, oriunda do Largo de São Francisco. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka conquistou o título de Professora Livre-Docente da Faculdade de Direito da USP com a tese *Responsabilidade Pressuposta*, na qual a autora propõe um critério geral de fundamentação da responsabilidade civil objetiva inspirado num conceito oriundo do direito belga, intitulado *mise en danger*¹⁸¹, originado na teoria do risco. A proposta da *mise en danger* seria possibilitar uma análise *ex ante* das atividades de risco, de forma a

¹⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 144.

¹⁷⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, pp. 146-147.

¹⁸⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, pp. 146.

¹⁸¹ Em síntese apertadíssima, mas que atende ao propósito deste trabalho, Giselda Hironaka assim define *mise en danger*: “A *mise en danger*, assim, e sob o foco do legislador que concebeu a regra do art. 2.050, corresponde ao exercício de uma atividade perigosa para terceiros, em razão de sua natureza ou da natureza dos meios adotados. A realização desta *mise en danger* traduz-se pelos *danos sofridos* por pessoas estranhas ao exercício desta atividade. Só esta realização dos danos – e não a *mise en danger*, em si, e enquanto tal – é que se demonstra suscetível de indenização, incumbida ao agente empreendedor” (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 291).

proporcionar a adoção de “medidas assecuratórias de minoração de perigos e riscos”¹⁸², com o objetivo de prevenir danos¹⁸³. De certa forma, portanto, a *mise en danger* coadunar-se-ia com a “responsabilidade preventiva” de Teresa Ancona Lopez, na medida em que ambas teriam por objetivo final estimular a adoção do dever de cautela para redução de riscos.

Em ambos os casos, portanto, recorre-se à culpa como elemento de prevenção de danos: busca-se estimular a observância do dever de cautela e de prudência por meio da atribuição de responsabilidade civil apenas àqueles que não agem com extrema diligência na prevenção de danos (ou na adoção de medidas assecuratórias contra a ocorrência de danos)¹⁸⁴. Trata-se, em ambos os casos, de apreciação *ex ante* das medidas que envolvem risco, buscando-se identificar aprioristicamente, e com base numa análise *in abstracto*, as medidas que devem ser adotadas para evitar a ocorrência de danos.

É possível, no entanto, atribuir outro papel à culpa no controle preventivo de danos: o papel de elemento qualificador do *quantum debeatur*, com a finalidade de equalização e dissuasão de condutas indesejadas. Nessa medida, propõe-se uma apreciação *ex post* das condutas causadoras de danos, buscando-se identificar, com base numa análise *in concreto*, aquelas condutas indesejadas, ultrajantes, que, justamente por serem

¹⁸² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 311. O cumprimento ou não de tais “medidas assecuratórias” seria analisada à luz de uma noção de culpa presumida, embora a autora evite ver sua proposta taxada como tal.

¹⁸³ De acordo com Gisela Hironaka, contudo, os exemplos práticos de ordenamentos que adotaram a responsabilidade civil por atividade de risco (notadamente a Itália, que seguiria a noção mais próxima da *mise en danger*), indicam, na realidade, uma apreciação *ex post* das atividades de risco, o que esvaziaria, ao menos em parte, a função preventiva do instituto. Afirma a autora: “Não é incomum, portanto, que a jurisprudência constate, primeiro, a produção do dano intenso, e, depois, o caráter perigoso da atividade, construindo a ponte causal necessária *a posteriori* e realizando o imprescindível nexo, de trás para a frente. A reparação não será justificada, em casos assim, por uma verdadeira *mise en danger*, mas talvez mais pela expectativa de se obter uma reparação ao direito prejudicado da vítima” (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 311).

¹⁸⁴ Nesse sentido, também, Pierre Lascoumes, que faz uma análise da precaução “*comme un dispositif de d’attribution de responsabilité qui témoigne de la formation d’une troisième modèle d’imputation où l’incertitude n’exonère pas la responsabilité et crée un devoir d’anticipation*” (LASCOUMES, Pierre. La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité. *L’année sociologique*, Paris, 3^a série, v. 46, n. 2, 1996. p. 359). E completa o autor, acerca da importância da culpa neste novo modelo: “*L’émergence de la notion de précaution modifie cette évolution et marque par ce troisième modèle le retour, sous certains aspects, à une responsabilité pour faute. La précaution introduit, en effet, un modèle d’anticipation des conséquences dommageables des risques les plus aléatoires, inconnus ou résiduels. Si la prévention se fondait sur un ensemble de certitudes rationnelles, la précaution est le corollaire des situations de controverse. L’invocation de la responsabilité a ici une portée autant normative des comportements qu’indemnitaire des dommages. L’analyse prospective se voit formalisée en devoir, même si les obligations varient en fonction des textes auxquels on se réfère. (...) La précaution prend ici place dans un ensemble d’incitations destinées à orienter les comportements, non pas sur un mode réglementaire extérieur aux agents économiques impliqués dans la décision, mais sur un mode intériorisé*” (LASCOUMES, Pierre. La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité, pp. 366-368).

repudiadas pelo direito e representarem violação à dignidade humana, devem ser dissuadidas. O agente responsável por tais condutas deve ser punido no âmbito civil mediante o pagamento de valor suficiente para prevenir¹⁸⁵ a reincidência.

4. A CULPA NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO

A culpa na quantificação do dano pode possuir dois papéis distintos: reduzir equitativamente o valor da indenização ou majorá-lo, atuando com evidente caráter dissuasório-pedagógico. Em qualquer dos casos, prevê-se uma análise *in concreto* da culpa, uma vez que a conduta do agente é de fundamental importância para determinar (i) a justiça da indenização; ou (ii) a necessidade de desestímulo de condutas semelhantes, dado seu grau de reprovabilidade¹⁸⁶.

4.1. A culpa como instrumento de equidade

O primeiro papel desempenhado pela culpa no sistema de responsabilidade civil moderno é o de elemento equalizador do direito. O papel equalizador da culpa foi positivado pelo Código Civil de 2002 no parágrafo único do artigo 944, que autorizou a redução equitativa da indenização em caso de “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”¹⁸⁷. Aqui não se fala, portanto, em prevenção da danos. O que se busca é, remetendo-se ao elemento ético da culpa¹⁸⁸, promover justiça no caso concreto.

A inovação trazida pelo Código Civil brasileiro tem inspiração nos artigos 43 e 44 do Código Federal Suíço das Obrigações, que dispõem que o juiz deverá determinar “o modo e a extensão da indenização de acordo com as circunstâncias e a gravidade da

¹⁸⁵ E aqui se fala em prevenção geral e especial, tal como já definido neste capítulo.

¹⁸⁶ “O grau de culpa e a intensidade do dolo constituem fatores fundamentais para a determinação do quantum indenizatório: uma conduta dolosa deverá ser mais gravemente sancionada que uma culposa de igual repercussão; de duas condutas dolosas, será merecedora de sanção mais grave aquela cuja motivação seja mais reprovável; o ato lesivo praticado de forma premeditada deve ser repreendido mais duramente do que o ilícito que, embora doloso, não tenha decorrido de deliberação prévia; entre duas condutas lesivas não dolosas, a punição deverá ser exacerbada para aquela em que a culpa se mostrar mais grave; a culpa consciente deve, em princípio, ser mais severamente repreendida que a culpa inconsciente” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 301).

¹⁸⁷ “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”.

¹⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, pp. 86-89.

culpa”¹⁸⁹. A lei suíça ressalta, ainda, que a redução equitativa da indenização será possível se (i) a vítima consentiu ou contribuiu para a ocorrência do dano; ou (ii) se o obrigado à indenização tiver agido com culpa leve e, como resultado do pagamento da indenização, ficar reduzido a estado de necessidade¹⁹⁰.

O dispositivo da legislação suíça, já reproduzido por diversos outros ordenamentos jurídicos do globo¹⁹¹, foi traduzido na Lei brasileira de forma simplificada. No Brasil, limitou-se o legislador ao requisito da equidade, abstraindo-se o fator patrimonial. Como indica Agostinho Alvim, na exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil de 2002, a redução da indenização, no Brasil, teria fundamento na noção de

¹⁸⁹ “Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O juiz determina o modo e a extensão da indenização de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. (...)”. No original: “Art. 43 (III. Fixation de l’indemnité) (1) Le juge détermine le mode ainsi que l’étendue de la réparation, d’après les circonstances et la gravité de la faute. (...)” (THÉVENOZ, Luc; WERRO, Franz. *Commentaire romand du Code des Obligations* I. Genève/Bâle/Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2003. p. 295).

¹⁹⁰ “Art. 44 (IV. Redução da indenização) (1) O juiz pode reduzir o valor dos danos, ou até mesmo não atribuir qualquer dano, se a parte lesada consentiu com a lesão ou se fatos dos quais ela é responsável contribuíram para criar ou aumentar o dano, ou para agravar a situação do devedor. (2) Se o dano não tiver sido causado nem intencionalmente nem por efeito de negligência grave ou impudência, e sua reparação puder reduzir o devedor a estado de necessidade, poderá o juiz reduzir equitativamente o valor dos danos”. No original: “Art. 44 (IV. Réduction de l’indemnité) (1) Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n’en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l’augmenter, ou qu’ils ont aggravé la situation du débiteur. (2) Lorsque le préjudice n’a été causé ni intentionnellement ni par l’effet d’une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts” (THEVENOZ, Luc; WERRO, Franz. *Commentaire romand du Code des Obligations* I, p. 303).

¹⁹¹ Há dispositivos semelhantes (i) no Código Civil alemão (§ 829 BGB - *Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen*. Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf – em inglês: “Section 829 German Civil Code - Liability in damages for reasons of equity - A person who, for reasons cited in sections 827 and 828, is not responsible for damage he caused in the instances specified in sections 823 to 826 must nonetheless make compensation for the damage, unless damage compensation can be obtained from a third party with a duty of supervision, to the extent that in the circumstances, including without limitation the circumstances of the parties involved, equity requires indemnification and he is not deprived of the resources needed for reasonable maintenance and to discharge his statutory maintenance duties”, tradução fornecida pelo Langenscheidt Translation Service, disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3336, acesso em: 18 fev. 2013); (ii) no Código Civil argentino (Artículo 1069. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”. Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable); (iii) no Código Civil português (Artigo 494 - Limitação da indemnização no caso de mera culpa - Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem); e (iv) no Código Civil espanhol (Artículo 1103 - La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos).

justiça, pois “não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano”¹⁹².

Contudo, “valorosa doutrina tem sustentado que a redução equitativa é inaplicável se não estiver caracterizado o comprometimento patrimonial do agente para o pagamento da indenização”¹⁹³. Assim, fala-se basicamente em dois requisitos para a redução da indenização com fundamento no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: (i) a excessiva desproporção entre o grau de culpa e o dano; (ii) a necessidade de aplicação de um juízo de equidade, sendo que “o balanceamento da equidade deve levar em conta outros diversos fatores de ponderação, para além do grau de culpa, dentre eles o *limite* do patrimônio mínimo do ofensor e *da vítima*”¹⁹⁴.

No que diz respeito ao primeiro requisito, o dispositivo legal é bastante claro: não basta que o dano tenha decorrido de culpa leve do agente; é necessária a referida “excessiva desproporção”, ou seja: o dano deve ser muito grande e a culpa ínfima. Só assim para que, diante de situação que desperte sentimento de injustiça, seja autorizada a redução equitativa do *quantum debeatur*¹⁹⁵. Como ressalta Anderson Schreiber “a norma vem proteger o responsável de um ônus *excessivo*, em conformidade com o espírito de equidade, que exige que o rigor da solução jurídica seja temperado à luz das circunstâncias do caso concreto”¹⁹⁶.

¹⁹² ALVIM, Agostinho. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, São Paulo, n. 24. p. 101. Completa o autor: “Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade.” ‘E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou.’ É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim culpa do empregado. Por estas razões é que o projeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias” (ALVIM, Agostinho. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, pp. 101-102).

¹⁹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 45.

¹⁹⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição nº 63, disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/Revista63/0304-Artigo944C-ProblemaMitigacaoPrin...>, acesso em: 18 fev. 2011. p. 14.

¹⁹⁵ “É claro que, em muitas ocasiões, quiçá na maioria das vezes, não haverá rigorosa proporção entre o grau de culpa do agente e a extensão do dano. Cuida-se de pressupostos de configuração da responsabilidade civil que não guardam relação entre si. O grau de culpa não define, per se, a extensão do dano. Por isso, via de regra toma lugar alguma desproporção entre conduta e resultado. E nesses casos ordinários, de desproporção simples não se tem por preenchido o requisito da *excessiva* desproporcionalidade – tal como exigido pelo parágrafo único. Somente em situações extraordinárias, repita-se, nas quais seja chocante e iníqua a imposição do dever de indenizar em sua inteireza é que se identifica esse primeiro requisito, podendo-se cogitar, então, da redução equitativa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral, p. 8).

¹⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 44.

Não basta a desproporcionalidade entre dano e culpa. É necessário que a situação concreta indique uma necessidade de aplicação do juízo de equidade, a tal ponto que se minimize a aplicação do *princípio da reparação integral*, um dos mais tradicionais pilares da responsabilidade civil. E a situação concreta será passível de julgamento por equidade quando a condenação do agente ao pagamento da indenização integral representar evidente injustiça, haja vista as funções da equidade de “1) proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia; 2) constituir-se, como consciência do direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o direito, o novo direito, como solução justa para casos concretos”¹⁹⁷.

Como ensina Vicente Ráo, o juízo de equidade¹⁹⁸ deve ser utilizado com a finalidade de que todos “sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para esse fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões”¹⁹⁹. Assim, é razoável dizer que a equidade poderá ser invocada para amenizar a rigidez do princípio da restituição integral tão somente quando o agente, que agiu com culpa leve ou levíssima, não puder arcar com o pagamento integral da indenização sem, com isso, prejudicar bruscamente sua condição digna de vida (o que poderia configurar violação ao princípio constitucional da dignidade humana²⁰⁰). Se assim não for, não haverá justificativa racional para a limitação do direito de caráter igualmente constitucional da vítima à reparação integral²⁰¹. Não havendo fundamento para a proteção

¹⁹⁷ AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; ROSAS, Roberto; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (Coords.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil* – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 199.

¹⁹⁸ “(...) la equidad, en el plano axiológico, según se ha visto, equivale a la justicia, y el Derecho es un conjunto de normas generales coactivas que tienen por finalidad esencial la consecución de aquélla, en el seno de las comunidades humanas. Puede decirse entonces que esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular; sin la cual, las normas positivas constituirían solo meras aspiraciones y no, concreciones del valor justicia en el plexo del mundo del ser” (BREBBIA, Roberto H. La equidad en el Derecho de Daños. In: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 54).

¹⁹⁹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 69.

²⁰⁰ Constituição Federal. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

²⁰¹ Constituição Federal. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

à dignidade humana, não há que se recorrer a um juízo de equidade para prejudicar o direito da vítima à reparação integral²⁰²²⁰³.

A utilização da função equalizadora da culpa, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não está sujeita à total discricionariedade do juiz, configurando verdadeiro poder-dever. Como sustenta Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, “se em jogo componentes tais como dignidade humana, solidariedade, e o reflexo no patrimônio mínimo, não poderá prevalecer a natureza aparentemente dispositiva da norma”²⁰⁴. Assim, presentes os requisitos acima mencionados (a saber (i) desproporção entre dano e grau de culpa e (ii) situação de injustiça que requeira a aplicação de juízo de equidade), deverá o juiz exercer o poder atribuído pela lei, reduzindo o valor da indenização, com fundamento no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil²⁰⁵.

²⁰² “Portanto, se o princípio da reparação integral do dano tem caráter constitucional, a utilização da redução equitativa da indenização com base na desproporção excessiva entre o grau de culpa e o dano deve, além de respeitar os limites do dispositivo, ter por fundamento a aplicação de um outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas daquele caso concreto” (KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do Parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 29, 2007. p. 32).

²⁰³ Essa regra, trazida expressamente pelo Código das Obrigações Suíço, é assim comentada por Franz Werro: “*Pour décider d’une éventuelle réduction de l’indemnité, le juge doit tenir compte de la situation financière du responsable. Il ne doit en principe pas réduire l’indemnité lorsque la victime et l’auteur disposent tous deux de bonnes conditions financières. Le juge doit également prendre en compte la couverture d’assurance du responsable. Ainsi, il ne devrait pas non plus réduire l’indemnité lorsque celle-ci peut être payée intégralement par l’assureur RC. Le contraire aboutirait à ce que l’assureur, qui a encaissé des primes, soit avantage par rapport au lésé, qui, lui, subit effectivement un dommage. Par ailleurs, la réduction devrait protéger le responsable personnellement et non pas profiter à son assureur RC. (...) En vertu de CO 44 II, on peut envisager de réduire les dommages-intérêts lorsque le débiteur prouve que la réparation l’exposerait à la gêne. On admet en général que celle-ci ne suppose pas que le responsable doive avoir recours à l’assistance sociale. Cette gêne ne doit pas être seulement passagère. En outre, le juge ne peut pas procéder à une réduction de l’indemnité lorsque la faillite menace le responsable ou a déjà été ouverte contre lui. Les prétentions de la victime ne doivent en effet pas être réduites en faveur des autres créanciers du responsable*” (THEVENOZ, Luc; WERRO, Franz. *Commentaire romand du Code des Obligations I*, p. 301).

²⁰⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral, p. 17.

²⁰⁵ É esta, de acordo com Franz Werro, a opção do direito suíço, berço da norma em análise, com a qual concordamos. “*Comme CO 43, CO 44 doit être appliqué d’office. Il incombe toutefois au responsable qui invoque des motifs de réduction de les établir (CC 8). L’application de CO 44 a pour effet qu’en présence d’un motif de réduction le juge peut diminuer les dommages-intérêts ou même ne pas en octroyer du tout (cf. N 32; ég. CO 43 N 15). Il en décide en vertu de son pouvoir d’appréciation, que le TF revoit librement en cas d’abus ou d’excès*” (THEVENOZ, Luc; WERRO, Franz. *Commentaire romand du Code des Obligations I*, p. 304). Em sentido contrário parece apontar o direito português, conforme aponta Fernando Pessoa Jorge: “O tribunal poderá fixar a indemnização em termos diferentes da regra geral, em que ela se mede pelos prejuízos, mas não terá necessariamente de o fazer; se o fizer, julgará segundo a equidade, isto é, segundo o que lhe parecer justo no caso concreto, atendendo a todas as circunstâncias que se verificarem e, em especial, o grau de culpabilidade do agente” (PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: CEF, 1968. p. 364).

4.2. A culpa como elemento moral, de prevenção e dissuasão.

O segundo papel exercido pela culpa no sistema moderno de responsabilidade civil é aquele objeto de nosso estudo: a culpa como elemento essencial para a prevenção de danos e dissuasão de condutas repudiadas pelo direito. Nesse papel, a culpa é tomada em sua perspectiva ética e, sua análise, pode resultar na majoração do *quantum debeatur* quando houver necessidade de prevenção (geral e especial) da conduta que deu origem ao dano. A culpa, nessa perspectiva, agrega à responsabilidade civil um verdadeiro caráter de pena civil, muito semelhante ao dos famosos *punitive damages* do direito anglo-saxão, e contribui sensivelmente para a consecução da função preventiva atribuída ao instituto.

Como já mencionado neste trabalho, a culpa desempenha “importantíssimo papel de prevenção à ocorrência de danos”²⁰⁶. Isso se dá especialmente em razão de seu fundamento ético-moral ou, como diz Giselda Hironaka, da estreita relação entre a culpa e “uma *idéia de normalidade* ou *honestidade civil*”²⁰⁷: há uma noção quase que intuitiva de que *culpado* é aquele que adotou uma conduta moralmente inadequada e, assim, agiu contra o direito. Esta noção intuitiva possui grande afinidade com a já estudada noção técnica de culpa. Isso porque tal conduta moralmente adequada nada mais é do que a conduta do *bom pai de família*, que serve de parâmetro para uma análise *in abstracto* da culpa.

É evidente que a evolução da responsabilidade civil enfraqueceu a força da culpa. A sociedade moderna, com suas inúmeras peculiaridades, não poderia ficar refém de um padrão abstrato de conduta para garantir a inúmeras vítimas o direito de não arcarem sozinhas com os ônus da *sociedade de risco*. A culpa, como pressuposto da responsabilidade civil, certamente não tem mais razão de ser. Isso não quer dizer, todavia, que a culpa não encontra mais qualquer função no ordenamento civil.

O forte teor ético-moral da culpa a torna importante instrumento para a consecução de um dos principais fins da responsabilidade civil na atualidade: a prevenção de danos (ainda que *a posteriori*, numa concepção dissuasório-pedagógica). A prevenção de danos, neste caso, dar-se-ia pela imposição de uma espécie de pena civil contra agentes que, imbuídos de culpa grave ou dolo, cometessem condutas repudiadas pelo direito. Referida pena civil teria o benefício de (i) traçar um *standard* de comportamento ético

²⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 151 (excerto, por sinal, já mencionado em nota anterior).

²⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 87.

estimulado pelo direito; (ii) desestimular, por meio de imposição de pena pecuniária ao agente descumpridor do referido *standard*, a recorrência de condutas repudiadas pelo direito.

O reconhecimento da culpa como instrumento de prevenção de danos não representa retrocesso no processo evolutivo da responsabilidade civil, pois não se está a falar em reintrodução da culpa entre os pressupostos da responsabilidade civil. A discussão aqui é outra: uma vez reconhecido o dever de indenizar (objetiva ou subjetivamente), seria possível (ou mesmo adequado) aplicar uma pena pecuniária de desestímulo ao causador do dano, caso reste demonstrado que sua conduta deva ser repudiada pelo direito por afrontar a dignidade humana e a estabilidade da ordem jurídica? Trata-se, portanto, de uma análise *in concreto* da culpa, a ser desenvolvida por ocasião da definição do *quantum debeatur*.

Diversos países já reconheceram a utilidade da culpa como instrumento de prevenção de danos e, como resultado, internalizaram de alguma forma um instituto já há muito reconhecido pelos países anglo-saxões (*common law*): os *punitive damages*²⁰⁸. A eficácia e legalidade do referido instituto nos países de tradição romano-germânica (*civil law*), no entanto, nunca foi objeto de consenso. Seja por desconhecimento do instituto, seja por dificuldade de compatibilização dos seus fundamentos com os dos sistemas de *civil law*, a verdade é que tais ordenamentos jurídicos têm encontrado enormes dificuldades para incorporar o instituto e utilizarem dos benefícios da culpa como instrumento de prevenção de danos.

²⁰⁸ Pela definição de Ramón Daniel Pizarro, *punitive damages* são “*sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*” (PIZARRO, Ramón Daniel. Daños Punitivos. In: PARELLADA, Carlos; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Derecho de Daños*. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. 2ª parte. Buenos Aires: La Rocca, 1993. pp. 291).

CAPÍTULO II:

A CULPA COMO POSSÍVEL CRITÉRIO PARA MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – A EVOLUÇÃO E ESTABELECIMENTO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO ESTRANGEIRO

1. A PUNIÇÃO COMO ORIGEM HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme amplamente demonstrado no capítulo de abertura deste trabalho, a origem histórica da responsabilidade civil está intrinsecamente relacionada com a noção de vingança privada. Até mesmo no direito romano clássico se previa que a violação de interesses privados geraria para a vítima o direito de “intentar contra este [o ofensor] uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como *pena* (*poena privata*)”²⁰⁹.

A responsabilidade civil, portanto, teve originariamente uma função sancionatória e, mesmo depois de incorporar a função reparatória – o que se deu com a Lei das XII Tábuas, mas substancialmente com a Lei *Aquilia*²¹⁰ - a determinação de uma autonomia conceitual não foi imediata. As funções sancionatória e reparatória da responsabilidade civil caminharam juntas por muitos séculos, notadamente em razão da grande dificuldade de distinção entre os campos de atuação da responsabilidade penal e da responsabilidade civil. Tal dificuldade decorre do fato de que, nas palavras de José de Aguiar Dias, “é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal”²¹¹, qual seja: a necessidade de manutenção do equilíbrio social, na medida em que “o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social”²¹².

No entanto, foi o próprio direito romano que buscou, pela primeira vez, delimitar os domínios de incidência do direito penal e do direito civil²¹³, ao dividir os atos ilícitos em dois grupos: (i) os delitos públicos (*crimen*); e (ii) os delitos privados (*delicta*). Conforme destacam Judith-Martins Costa e Mariana Pargendler, os delitos públicos representavam

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ (Brasília)*, Brasília, v. 28, 2005. p. 17

²¹⁰ Para detalhes acerca da evolução da responsabilidade civil, remete-se ao Capítulo I deste trabalho.

²¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. t. I, p. 15.

²¹² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. t. I, p. 13.

²¹³ Afinal, como ensina José de Aguiar Dias (citando os irmãos Mazeaud), “a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal é a distinção entre direito penal e direito civil” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. t. I, p. 13).

“as infrações ao Estado e à paz do reino”²¹⁴, enquanto os delitos privados configuravam os “ilícitos contra a pessoa ou seus bens”²¹⁵. Os delitos públicos eram perquiridos pelo próprio Estado e punidos com a pena pública, “que consistia na morte, ou na imposição de castigos corporais ou em multa que revertia em benefício do Estado”²¹⁶. Os delitos privados eram fontes de *obligationes*²¹⁷ e concediam ao ofendido uma *actio* para buscar inicialmente a punição do ofensor e, posteriormente, a indenização do prejuízo sofrido.

No entanto, com a queda do império romano em 476 d.C., o continente europeu foi inundado pelo direito germânico e, embora não tenha deixado imediatamente de existir, o direito romano distanciou-se gradualmente das “fontes clássicas em proveito dos costumes locais, muitos dos quais de origem bárbara”²¹⁸, dando origem ao chamado “direito romano vulgar”²¹⁹. Por volta do século X, no entanto, “todos os vestígios do direito romano” já haviam desaparecido, com exceção de uma ou outra norma em regiões de forte tradição latina, que, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopez, insistiam em preservar “alguma memória da civilização romana”²²⁰.

O declínio do direito romano foi crucial para arrefecer a evolução da responsabilidade civil em direção a uma dissociação clara em relação à responsabilidade penal. Por esse motivo, durante grande parte da Idade Média, a responsabilização por danos manteve seu caráter punitivo em detrimento do ressarcitório²²¹. Não é à toa que o “sistema” de responsabilidade medieval é muito bem sintetizado por um ilustre *penalista*, Luiz Regis Prado:

Caracterizou-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) *Wergeld* – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária²²²; b) *Busse* – soma (preço) que o delinqüente pagava à vítima ou à

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 17.

²¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 17.

²¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 579.

²¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 580. No mesmo sentido, Luiz Regis Prado (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 49).

²¹⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de História do Direito*. 4ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 192.

²¹⁹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média, 193.

²²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, p. 71.

²²¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 752.

²²² Convém mencionar a imprecisão no uso do termo “reparação”: *Wergeld* não traz conteúdo reparatório, mas punitivo pecuniário. É o que explica John Gilissen: “a *compositio* (ou *Wergeld*) era a soma necessária para pagar a *faida* ou direito à vingança privada. Por exemplo, o artigo 1º do Título IV relativo a ‘*De furtis porcorum*’ dispõe que (...) Se alguém furtou um leitão e isso foi provado contra ele, que ele seja julgado culpado de 120 dinheiros que perfazem três soldos”. (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 178).

sua família, pela compra do direito de vingança; e c) *Friedgeld* ou *Fredus* – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz²²³.

Os conceitos de responsabilidade civil e responsabilidade penal só voltaram a ganhar contornos mais concretos após o século XII²²⁴, com o ressurgimento do direito romano pela atuação das escolas dos glosadores²²⁵ e com o desenvolvimento do direito penal entre os séculos XII e XIV²²⁶.

“Apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no fim da Idade Média e na época moderna, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVIII”²²⁷. Conforme destaca Máira Rocha Machado, citando Geneviève Viney, “apenas em 1795 aparece no direito francês uma verdadeira distinção entre a ‘ação pública’ e a ‘ação civil’. O Código de Delitos e Penas promulgado naquele ano atribuía à primeira o objetivo de ‘punir os atentados à ordem social’ e à segunda ‘reparar o dano que o delito causou’”²²⁸.

Ou seja, é apenas no final do século XVIII que a responsabilidade civil se desapega da ideia de punição do ofensor. Isso só acontece porque é apenas a partir desse momento que o direito consagra a autonomia entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Nas palavras de Máira Rocha Machado, “a cisão entre ‘punição dos culpados’ e ‘reparação do dano causado’ aparece, portanto, tanto do lado civil quanto penal, como elemento central para descrever, no século XVIII, o nascimento da separação

²²³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 53.

²²⁴ É esse o ensinamento de John Gilissen: “O sistema de responsabilidade colectiva e de vingança privada domina a Europa ocidental até os séculos XII-XIII, para apenas desaparecerem seguida de modo muito lento; permanecem sobrevivências até aos séculos XVI e XVII” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 752).

²²⁵ Conforme Argemiro Cardoso Moreira Martins, “a partir do final do século XII e início do século XIII, o direito romano desperta um novo interesse. Após séculos de quase total esquecimento, a jurisprudência romana adquire um vigor só comparável ao seu período clássico”. (MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média*, 194). José Carlos Moreira Alves, por sua vez, explica que “os glosadores têm essa denominação graças às notas (glosas) – interlineares ou marginais, isto é: entre linhas ou à margem do texto – que faziam à codificação de Justiniano. Com o tempo, surgiram, além das glosas, outras espécies de composições, como, por exemplo, as *sumas* (resumos dos resultados de estudos sobre uma das partes da compilação justinianéia) e os *aparatos* (comentários a títulos do *Corpus Iuris Civilis*). A escola dos glosadores dominou nos séculos XII e XIII (de 1100 a 1300). Sua fase de esplendor vai de 1100 a 1250; os restantes 50 anos são período de transição entre essa escola e a dos pós-glosadores”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 60).

²²⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 752.

²²⁷ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 752.

²²⁸ MACHADO, Máira Rocha. A Responsabilidade Civil é Independente da Criminal, em Termos: a Propósito da Contribuição da Criminologia Positivista à Transformação da Responsabilidade Civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 406.

entre as esferas”²²⁹. E completa a autora: “do ponto de vista teórico, esta distinção tem implicações profundas no conceito de punição que será selecionado e estabilizado no sistema penal a partir de então”²³⁰.

É justamente em resposta a essa evolução que o Código Civil Francês de 1804, “sob influência das idéias de liberdade individual”²³¹, consagra, de forma inovadora e contundente, a noção de uma responsabilidade puramente civil em seus artigos 1382 a 1386²³².

Desde então, à responsabilidade civil ficou reservada a função de reparação de danos. A função punitiva tornou-se atributo exclusivo do direito penal, representando mesmo a principal distinção entre as duas disciplinas. Embora responsabilidade penal e responsabilidade civil digam respeito à repercussão jurídica de atos ilícitos, contrários ao direito, à primeira – focada no interesse público - cumpriria o papel de punir o ofensor e dissuadir práticas lesivas à sociedade, enquanto à segunda cumpriria a função – focada no interesse privado - de restituir a parte lesada ao *status quo ante*, recompondo o dano sofrido²³³.

²²⁹ MACHADO, Máira Rocha. A Responsabilidade Civil é Independente da Criminal, p. 407.

²³⁰ MACHADO, Máira Rocha. A Responsabilidade Civil é Independente da Criminal, p. 407.

²³¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 752.

²³² “Chapitre II : Des délits et des quasi-délits. Article 1382 - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Article 1383 - Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. Article 1384 (Modifié par Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 8 JORF 5 mars 2002) - On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détiend, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance. Article 1385 - Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. Article 1386 - Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction”.

²³³ Conforme já demonstrado neste trabalho, de acordo com Teresa Ancona Lopez, citando André Tunc, ao longo do tempo a responsabilidade civil limitou suas funções a duas: as funções de reparação e prevenção de danos, *in verbis*: “Por sua vez, André Tunc, depois de mostrar que a responsabilidade civil sempre teve cinco funções: a) castigo do culpado; b) vingança da vítima; c) indenização da vítima; d) restabelecimento da ordem social; e) prevenção dos comportamentos anti-sociais, afirma que o direito da responsabilidade civil conservou, na verdade, duas funções: a) a indenização, b) a prevenção por dissuasão” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 75).

Essa é a noção que se consolidou no direito ocidental, especialmente nos países de tradição romano-germânica, que positivaram esse entendimento em códigos e leis. O mesmo entendimento difundiu-se entre os países de tradição anglo-saxônica, sendo nestes muito mais flexível, em razão da própria estrutura do seu direito, substancialmente consuetudinário.

Fato é que, no decorrer do século XX, a evolução da sociedade demonstrou fragilidades e insuficiências na noção tradicional da responsabilidade civil. É exatamente isso que ensina Giselda Hironaka:

A responsabilidade civil – conforme se encontra em nossos códigos hoje, e na qualidade de conceito jurídico consistente – tem uma história muito curta, mas intensa, atravessada, nestes dois últimos séculos, por uma polêmica crescente que determinou para o instituto uma história que vai da concepção protocolar de uma noção de dever civil à definição mais clara da liberdade ou das obrigações do cidadão e da sociedade no Estado contemporâneo e nas sociedades industrializadas.

No momento atual dessa mesma história, o conceito se encontra numa crise que decorre, não exatamente de suas falhas sutis de consistência, mas da incompatibilidade natural entre o conceito clássico (isto é, da passagem do século XVIII para o XIX) de responsabilidade civil e a estrutura extremamente dinâmica das sociedades atuais²³⁴

As mudanças impostas pela referida “*estrutura extremamente dinâmica das sociedades atuais*” impôs mudanças tão importantes à responsabilidade civil que, de acordo com Louis Josserand, o instituto não passou por uma evolução durante o último século, mas antes uma verdadeira revolução, “tão rápido, tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade civil a novos destinos”²³⁵.

A “massificação dos danos”²³⁶, somada à notória insuficiência demonstrada pelo direito penal de punir ofensores, levou a doutrina nacional e estrangeira a repensar as funções tradicionais da responsabilidade civil e aventar a aplicação do instituto não apenas como elemento de reparação de danos, mas também como instrumento sancionatório, capaz de desestimular a ocorrência de danos e punir aqueles ofensores que demonstram desprezo pelo infortúnio de suas vítimas.

É justamente nesse contexto que se coloca o estudo do *punitive damages*. O apelo à função punitiva da responsabilidade civil não é, como visto, propriamente uma inovação no instituto da responsabilidade civil, mas antes uma retomada às suas origens. Origens

²³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, pp. 29-30.

²³⁵ JOSSEAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, abr./jun. 1941. p. 31.

²³⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: La responsabilità*. v. 5. Milano: Giuffrè, 1994. p. 536.

essas que jamais foram refutadas pelos países de tradição anglo-saxônica, razão pela qual é extremamente importante o estudo das soluções encontradas pelo direito desses lugares.

2. OS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

2.1. Breves considerações sobre o sistema jurídico anglo-saxão

O sistema jurídico anglo-saxão é conhecido por *common law*²³⁷ (direito comum). O nome *common law* remonta às *Communal Courts* (cortes comuns) que foram instituídas na Inglaterra na segunda metade do século X, com o intuito de dar início à unificação do direito inglês (e, assim, criar um direito comum a todos as unidades administrativas do reino – fundamentalmente condados (*shires* ou *counties*) e centúrias (*hundreds*)²³⁸. As *Communal Courts* (formadas pela atuação conjunta das *County Courts*²³⁹, *Hundred*

²³⁷ *Common law* é assim definido pelo tradicionalíssimo *Black's Law Dictionary*, que nos será útil em diversos momentos ao longo deste trabalho: “1. *The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions; CASELAW <federal common law>.*(...) 2. *The body of law based on the English legal system, as distinct from civil-law system; the general Anglo-American system of legal concepts, together with the techniques of applying them, that form the basis of the law in jurisdictions where the system applies <all states except Louisiana have the common law as their legal system>.*(...) 3. *General law common to the country as a whole, as opposed to special law that has only local application <the issue is whether the common law trumps our jurisdiction's local rules>.* – Also termed *jus commune*.(...) 4. *The body of law deriving from law courts as opposed to those sitting in equity <a mortgage founded in common law>.* – *The common law of England was one of the three main historical sources of English law. The other two were legislation and equity. The common law evolved from custom and was the body of law created by and administered by the king's courts. Equity developed to overcome the occasional rigidity and unfairness of the common law. Originally the king himself granted or denied petitions in equity; later the task fell to chancellor, and later still to the Court of Chancery*”. (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, pp. 313-314).

²³⁸ HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. v. 1. 3ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1922. pp. 5-6.

²³⁹ “We now come to the county court, or “county” as it was more simply called, for it must be remembered that in the early Norman period administration and adjudication were still not separated, and there was hardly need for the word ‘court’- even when the word does occur it does not necessarily bear the modern meaning of an organ of justice. The shire is the most ancient of English institutions. Many of the individual counties are directly descended from the ancient Anglo-Saxon kingdoms of the age when the land was divided into numerous petty realms. In such cases as this the shire moot was the direct representative of the national assembly of a once independent kingdom, and for a time was presided over by an alderman, who was sometimes a member of the ancient royal family. It seems that some other counties, however, are of later origin and were deliberately erected as units of provincial government in imitation of the place which the ancient county now occupied in a united England. The history of the county falls into two periods; in the first the Crown is endeavouring to secure complete control over the county organisation; in the second, that control having been acquired, we see the steady decline of the county in practical importance. The original jurisdiction of the county was once limitless both in kind and in degree. The county was the greater and more solemn body, but it was not “superior” to the hundred in the modern sense of the word: decisions of the hundred, for example, were not subject to review in the county, and the county, like the hundred, was a court of first instance. In Anglo-Saxon times the shire-moot was an impressive assembly of all the greatest people of the shire who met in order to transact all the functions of government. There are surviving charters which testify to the fact that some of that business was judicial, but both before and after the conquest all sorts of administrative duties were performed in the shire or county, as well as those more distinctly judicial

*Courts*²⁴⁰ e pelo *Frankpledge System*²⁴¹) são gradualmente substituídas pela Justiça itinerante do Reino, que se reportava diretamente ao Rei, seu conselho (*Curia Regis*) e às cortes centrais de direito comum (*Central Courts of Common Law*)²⁴². Como não havia lei escrita, as cortes itinerantes, que pouco a pouco passaram a predominar nos territórios ingleses, aplicavam o direito consuetudinário e, quando se deparavam com um caso semelhante a outro anteriormente decidido, aplicavam a regra anterior, já aprovada pelo rei e seu conselho²⁴³. Eis a origem do *common law* que, não a toa, também é chamado de *case law*, por retratar o direito originado do caso concreto.

Desde então tem sido assim, de modo que a principal fonte do *common law* é o precedente judicial (*precedent*), ou seja, uma decisão judicial referente “a um caso previamente decidido que forneça as bases para julgar casos posteriores que envolvam

functions which entitle it to be described as a court” (PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*. 5ª ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001. p. 90).

²⁴⁰ “The hundred court (or, as it was more usually called, ‘the hundred’ simply) was under the presidency of an official called the hundred man or the reeve, but his importance rapidly declined, for the hundred lost the independence which it seems to have had originally. On the one hand, many hundreds fell into the power of the sheriffs, and when the sheriffs in turn have been subjected to the Crown, those hundreds will become the king’s hundreds. In the Norman period sheriffs frequently purchased their counties, and sublet the hundreds - a sure way of encouraging extortion. On the other hand, many hundreds fell into the hands of neighbouring landowners either by royal grants of varying extent, by purchase from the sheriffs, or by usurpation. By the reign of Edward I more than half were in private hands. As in all the communal courts, the judgment proceeded from the whole body of people who constituted the court, and in the case of the hundred these people (‘suits’ as they were called) seem to have been usually quite small landowners, and it soon became the practice for the obligation of attending the court to be restricted to the owners of particular pieces of land - another peculiarity which is common in the middle ages” (PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*, p. 89).

²⁴¹ “To all this must be added the system of frankpledge which later became typical of a good many manors. Its history can be clearly traced back to the Anglo-Saxon period where we find the institution of friborh. ‘Borh’ is the root which we have in the modern word ‘borrow’, and seems to have the significance of security or surety. Its general feature is the provision for every person of some other persons who shall be borh or security that whatever moneys have to be paid will be forthcoming, and that if necessary the party can be produced in court. A master was always borh for his servants; members of a family might be borh for one another; or gilds might be formed whose members undertook to be borh for their brethren. To all this must be added the obscure institution of the tithing whose root significance is a group of ten men, naturally suggesting some intimate relationship with the hundred. Eventually the tithing became a territorial division with a tendency to coincide with the vill or township, and the tithing-man, its head, became the village constable. Cnut required his subjects to be in tithing and in borh as well, and regular means were established for ascertaining that every person (who was not of some substance) was duly enrolled in tithing and in borh. This machinery was operated by the sheriff through the hundred court. At the time of the Conquest it seems that lords were able to shift their responsibility of being borh for their tenants on to the tenants themselves; this change was not very difficult, especially where the lord either owned or controlled the hundred court which had the duty of working the tithing system. The result was known to the Norman lawyers as frankpledge, and lords who owned hundred courts might also have the additional right (which normally belonged to the sheriff), of verifying the proper enrolment of every tenant in a frankpledge. This was called ‘view of frankpledge’ (PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*, p. 97).

²⁴² HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. v. 1, pp. 8-9.

²⁴³ HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. v. 1, pp. 13-17.

fatos ou questões similares”²⁴⁴. Como indica John V. Orth, “o paradoxo no coração da história do *common law* é que a decisão parece vir antes da regra, casos são decididos antes que a lei seja editada”²⁴⁵. O paradoxo se resolve, na visão do autor, com a ideia de que um *senso de justiça geral* antecede os casos e dá fundamento à formação da jurisprudência²⁴⁶. No *common law* a jurisprudência²⁴⁷, portanto, exerce papel de *fonte formal imediata do direito*; no Brasil a jurisprudência tem papel acessório, atuando como *fonte formal mediata do direito*. A diferença se dá pela aplicação, no *common law*, da regra do *stare decisis*.

A regra do *stare decisis*²⁴⁸ decorre da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* e é também conhecida por princípio do precedente (*principle or precedent*²⁴⁹). Como ensinam Arthur von Mehren e Peter Murray, “o princípio do precedente, ou *stare decisis*, combina duas proposições”²⁵⁰: (i) o princípio da hierarquia, segundo o qual “uma corte inferior tem o dever de aceitar a posição adotada, acerca de qualquer questão, pelo seu superior hierárquico”; e (ii) a regra segundo a qual um tribunal deve respeitar suas próprias decisões anteriores²⁵¹, razão pela qual o precedente de um determinado tribunal não deve obrigatoriamente ser seguido por outro tribunal (por não ser considerado *binding precedent*²⁵²).

O reconhecimento da regra do *stare decisis*²⁵³ implica, ainda, uma maneira peculiar de analisar as decisões judiciais. Embora a decisão de uma corte de *common law* seja, via de regra, extremamente detalhada e rica em argumentos, apenas uma parte da decisão torna-se vinculante, passando a regular casos posteriores semelhantes: esta parte da

²⁴⁴ No original: “A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1295).

²⁴⁵ No original: “The paradox at the heart of the history of the common law is that the decision seems to come before the rule, cases are decided before the law is made” (ORTH, John V. *Due Process of Law: A Brief History*. Kansas: University Press of Kansas, 2003. p. 2).

²⁴⁶ ORTH, John V. *Due Process of Law: A Brief History*. p. 2.

²⁴⁷ Jurisprudência é aqui entendida como *precedente judicial*.

²⁴⁸ *Stare decisis* pode ser traduzido como “respeitar as decisões” ou, em inglês, “to abide by precedents” (ADELEYE, Gabriel G.; ACQUAH-DADZIE, Kofi et al. *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Illinois: Bolchazy-Carducci Publishers, 1999. p. 371).

²⁴⁹ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 9.

²⁵⁰ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 9. E completam os autores: “Because the decided case is, in its own right, a source of law, the fact that the lower court thinks the decision wrong does not justify its ignoring the precedent. In civil law systems, where codes are a formal source of law but decisions are not, lower courts have at least in theory the freedom to depart from previous decisions of hierarchically superior courts” (MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 9).

²⁵¹ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 9.

²⁵² “A precedent that a court must follow” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1296).

²⁵³ Para discussões mais aprofundadas acerca da regra do *stare decisis*, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: DOUGLAS, William O. *Stare Decisis*. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 49, n. 6, jun. 1949; e KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. *The Norm of Stare Decisis*. *American Journal of Political Science*, Texas, v. 40, n. 4, nov. 1996.

decisão é chamada de *holding*. “O *holding* limita-se ao ponto ou aos pontos em que a corte fundamentou – ou, numa visão mais restritiva, teve de fundamentar – a decisão do caso”²⁵⁴. Em outras palavras, o *holding* nada mais é do que a *ratio decidendi*, “o princípio ou regra de direito sobre o qual funda-se a decisão judicial”²⁵⁵. O demais argumentos mencionados na decisão são chamados de *dictum*, embora possuam importante força argumentativa, não são vinculantes²⁵⁶.

Em geral, o que distingue o *holding* do *dictum* é a necessidade do referido argumento para decidir o caso concreto. Assim, será *holding* o argumento essencial para decidir o caso concreto. Será *dicta* o argumento acessório que, apesar de reforçar o *holding* é dispensável para a conclusão do caso. Percebe-se, assim, a importância dos fatos nos sistemas de *common law*: dois casos serão equivalentes (e estarão, portanto, sujeitos ao mesmo *holding*) se seus fatos forem equivalentes e, por esse motivo, puderem ser decididos pelos mesmos argumentos jurídicos. Por esse motivo, muito ao contrário do que ocorre no Brasil (onde a referência à jurisprudência não ultrapassa, na grande maioria dos casos, a ementa), nos países de *common law* os precedentes são explorados detalhadamente com relação aos fatos²⁵⁷.

O *common law*, no entanto, é reconhecido por ser um sistema flexível. Embora julgados aparentemente conflitantes com decisões anteriores sejam recorrentemente justificados pela alegada ausência de equivalência fática, “as cortes americanas têm se mostrado prontas para formalmente anular”²⁵⁸ (*overrule*) ou expressamente escusar a aplicação de um precedente quando as condições sociais ou o ambiente jurídico tiverem modificado, de modo que a regra anterior não produza mais decisões que estejam de acordo com políticas contemporâneas”²⁵⁹.

²⁵⁴ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 11.

²⁵⁵ No original: “The principle or rule of law on which a court’s decision is founded” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1376).

²⁵⁶ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 11.

²⁵⁷ Também por esse motivo, será necessário explorar (embora não detalhadamente) os fatos dos casos que deram origem às regras que regulam, atualmente, os *punitive damages* (particularmente nos Estados Unidos).

²⁵⁸ Optamos por traduzir *overrule* por “formalmente anular” porque, quando uma decisão é *overruled*, há um comando expresso para que o referido precedente deixe de produzir efeitos vinculantes. O uso da palavra anulação, portanto, nada tem a ver com a perda dos efeitos já produzidos pela referida decisão. O único efeito que se perde é o efeito vinculante para novos casos, o chamado *binding effect*. O termo é assim definido pelo Black’s Law Dictionary: “to overturn or set aside (a precedent) by expressly deciding that it should no longer be controlling law” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1213).

²⁵⁹ No original: “American courts have shown themselves ready to overrule or expressly depart from prior precedent when social conditions or the legal environment have changed so that the prior rule does not produce decisions that are in accord with contemporary policies” (MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 45).

É importante, ainda, mencionar que o fato de ser um sistema jurídico caracterizado pela força do precedente não faz do *common law* um sistema avesso à legislação. A lei (*statutory law*²⁶⁰) é igualmente fonte formal imediata no *common law*²⁶¹. Isso significa dizer que lei e jurisprudência encontram-se no mesmo nível na hierarquia das normas, encontrando-se, a lei, até mesmo em patamar levemente superior: “a jurisprudência está sempre sujeita à modificação ou supressão pela ação do legislativo. Se o legislativo está insatisfeito com alguma regra criada pelas cortes em decisões de casos, ele terá sempre a liberdade de revogar essa regra por dispositivo estatutário”²⁶².

O instituto estudado neste capítulo – os *punitive damages* – é amplamente regulado (tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos) pela jurisprudência (*case law*), assim como o é majoritariamente o próprio ramo do direito do qual faz parte: o *tort law*²⁶³, como é chamado o ramo da responsabilidade civil nos países de língua inglesa. No entanto, em matéria de *punitive damages*, embora as regras gerais tenham sido estabelecidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, diversos estados americanos editaram, especialmente ao longo dos últimos 20 anos, normas regulando a matéria (notadamente para limitar os valores das condenações a título de *punitive damages*²⁶⁴).

Conforme ensina John Y. Gotanda, “*punitive damages*, também chamados *exemplary damages*, são quantias indenizatórias que não se confundem com *compensatory* ou *nominal damages*, normalmente (...) em decorrência de culpa grave por parte do réu”²⁶⁵. Em síntese, trata-se de um valor cujo pagamento é imposto ao ofensor que age com *dolo* ou *culpa grave*, sendo que tal valor não se confunde nem (i) com o valor dos danos

²⁶⁰ *Statutory law*: “The body of law derived from statutes rather than from constitutions or judicial decisions” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1547).

²⁶¹ MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 14.

²⁶² No original: “Case law is always subject to modification or suppression by action of the legislature. If the legislature is dissatisfied with any doctrine developed by the court in case decisions, it is always free to abrogate this decisional law by statutory provisions of almost any level of generality” (MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 45).

²⁶³ “A tort is a civil wrong beyond a breach of contract for which the law provides redress. These tortious wrongs can take various forms, such as personal injury or death, harm to property, or interference with other protectable interests such as the right to be free from unwarranted invasions of privacy. Although state and federal statutes define some facets of tort law, by and large contemporary tort law remains defined by judicial decisions. Tort law, then, provides an excellent vehicle for viewing the dynamic nature of the common law, and for observing how a given body of law, with its often complex rules, has evolved into what it is today”. (DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. *Understanding torts*, p. v).

²⁶⁴ Cf. o informativo *Punitive Damages Review -2011 Edition*, publicado anualmente pelo escritório americano *Wilson Elser Moskowitz Edelman & Dicker LLP*, disponível em <https://www.travelers.com/business-insurance/specialized-industries/excess-casualty/docs/puniteddamages.pdf>, acesso em: 2 fev. 2013.

²⁶⁵ No original: “*punitive damages*, also called *exemplary damages*, are ‘sums awarded apart from any compensatory or nominal damages, usually (...) because of particularly aggravated misconduct on the part of the defendant’” (GOTANDA, John Y. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nova York, v. 42, 2003. p. 4).

materiais; nem (ii) com o valor dos danos morais. O objetivo dos *punitive damages* é punir o ofensor e desestimular a repetição de condutas semelhantes.

Embora haja vestígios de institutos semelhantes em meados do século XIII²⁶⁶, o fato é que até meados do século XIX os direitos inglês e americano confundiam a noção de *punitive damages* com o conceito de dano extrapatrimonial²⁶⁷. A dificuldade para fundamentar a compensação do dano moral levou tribunais americanos e ingleses a conceder às vítimas desses danos *punitive damages*, quando, na verdade, o que se queria era simplesmente indenizar o dano moral.

Como se verá nos capítulos seguintes, os primeiros casos de *punitive damages* propriamente ditos só apareceram em meados do século XVIII, sendo que o instituto apenas conseguiu consolidar suas bases ao longo dos séculos XIX e, especialmente, XX.

2.2. O direito inglês

Os primeiros dois casos ingleses de condenação por *punitive damages*, na forma como o instituto é conhecido atualmente, datam de 1763: (i) o primeiro é o caso *Wilkes v. Wood*²⁶⁸; (ii) o segundo é o caso *Huckle v. Money*²⁶⁹. No entanto, o primeiro caso a traçar parâmetros e limites concretos à concessão dos *punitive damages* no Reino Unido foi o caso *Rookes v. Barnard*²⁷⁰, apenas em 1964²⁷¹.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 18.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 18.

²⁶⁸ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763). Conforme John Y. Gotanda: “*The first major reported case in England to award punitive damages was Wilkes v. Wood, which was decided in 1763. In Wilkes, punitive damages were awarded to a publisher after the Secretary of State to the King suspected that the publisher had printed a libelous pamphlet about the King and had the publisher's home searched and property seized without obtaining a proper warrant. Chief Justice Pratt explained that the award of punitive damages satisfies the injured person, punishes the guilty, deters such actions in the future, and shows the jury's detestation of the wrongful conduct. Within a decade of Wilkes, courts commonly awarded punitive damages in tort actions such as assault, false imprisonment, defamation, seduction, malicious prosecution, and trespass. However, these damages were never allowed in breach of contract cases*”. (GOTANDA, John Y. Punitive Damages, p. 8).

²⁶⁹ *Huckle v. Money*, 2 Wilson's Reports (Wils.) 205. Conforme António Pinto Monteiro: “a um tipógrafo que havia sido detido mediante um mandado de captura ilegal, foram concedidas 300 libras esterlinas, a título de *exemplary damages*, com fundamento de que ‘entrar em casa de uma pessoa com um mandado em branco, a fim de obter provas, é pior do que a inquisição espanhola(...) e uma flagrante violação da liberdade do autor’”. (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. 1ª reimp. Coimbra: Almedina, 1999. p. 652, nota 1525).

²⁷⁰ *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.). Cf. John Y. Gotanda: “*In 1964, England's House of Lords severely limited the availability of punitive damages in Rookes v. Barnard. There, the plaintiff claimed that a trade union had unlawfully induced his employer to dismiss him. A jury awarded the plaintiff £7,500 in punitive damages, but the Court of Appeal reversed, ruling that the union had not committed any tort. The House of Lords held that the judgment on liability should be restored, but ordered a new trial on the question of damages*”. (GOTANDA, John Y. Punitive Damages, p. 9).

Ao apreciar esse caso, a *House of Lords* limitou a indenização por *punitive damages* a três hipóteses: (i) ações envolvendo atos arbitrários, opressivos ou inconstitucionais provenientes de servidores do governo; (ii) casos em que o ofensor tenha lucrado com o ilícito (e cujo pagamento da indenização reparatória não tenha sido suficiente para recompor esse desequilíbrio econômico); e (iii) ações em que os *punitive damages* decorram expressamente da lei.

Como visto, pouquíssimas situações conseguiram sobreviver a esse *category test*²⁷². No entanto, em 1993, o *cause of action test*²⁷³ foi levado ao extremo pela Corte de Apelação. No julgamento do caso *AB v. South West Water Services Ltd.*²⁷⁴, a Corte definiu que seriam passíveis de indenização por *punitive damages* apenas as situações específicas que já tivessem sido condenadas em *punitive damages* antes de 1964²⁷⁵.

A limitação durou apenas até 2002, quando a *House of Lords* julgou o caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*²⁷⁶. Nessa oportunidade, a Corte Suprema Inglesa indicou que, em razão do caráter dinâmico do direito consuetudinário inglês, as condenações em *punitive damages* não poderiam ser limitadas apenas aos casos cujas *causa petendi* tenham sido reconhecidas antes de 1964. De acordo com a Corte, até 1964 a noção de *punitive damages* sequer era clara o suficiente para pautar todo o direito inglês posterior e, portanto, seguir regra tão estrita seria agir contra a evolução do direito²⁷⁷.

O julgamento do caso *Kuddus* ampliou significativamente a abertura do sistema

²⁷¹ Como afirma Daniela de Andrade Levy: “em que pese a jurisprudência inglesa já ter consagrado os *punitive damages* como tradição histórica, a sua imputação ficou vaporosa e sem critérios delineados de forma definitiva até 1964, quando o caso *Rookes vs. Barnard* traçou as balizas de aplicação do instituto”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*, p. 169).

²⁷² Assim chamado o juízo de adequação da demanda ao pleito por *punitive damages*: ou seja, para que fosse aceita a demanda, o caso concreto deveria enquadrar-se numa das categorias especificadas pela jurisprudência.

²⁷³ De acordo com o referido teste, as ações que visam a um determinado direito devem ter *causa petendi* equivalentes à *causa petendi* de ações semelhantes, referentes ao mesmo direito pretendido, já recebidas e julgadas pela Corte no passado. Trata-se, em síntese, de um teste de similaridade entre causas: ou seja apenas poderão ser julgadas de forma idêntica, causas idênticas.

²⁷⁴ *AB v South West Water Services Ltd.*, [1993] Q.B. 507, 523 (C.A.).

²⁷⁵ É o que ensina John Y. Gotanda: “In 1993, in *AB v. South West Water Services Ltd.*, the Court of Appeal greatly limited the types of cases in which punitive damages may be recovered by holding that a cause of action in public nuisance could not support a claim for punitive damages. It ruled that, in order to fall within the first two categories set forth in *Rookes v. Barnard*, the tort must be one in which an award of punitive damages was made prior to 1964, the date of *Rookes*. Because punitive damages had not been awarded in public nuisance cases prior to 1964, there could now be no claim for such damages. The decision in *AB* limited the first category to the torts of malicious prosecution, false imprisonment, assault, and battery. In addition, it limited the second category primarily to cases of defamation, trespass to land, and tortious interference with business. Thus, punitive damages became unavailable in suits based on negligence, public nuisance, deceit, and patent infringement, as well as unlawful discrimination based on sex, race, or disability” (GOTANDA, John Y. Punitive Damages, p. 11).

²⁷⁶ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2002] 2 A.C. 122, 134-135.

²⁷⁷ Cf. GOTANDA, John Y. Punitive Damages, p. 12.

inglês para a concessão de indenização punitiva. Conforme destaca Daniel de Andrade Levy, “é nessa esteira que casos de negligência, violação ao direito europeu, de violação à privacidade, entre outros, passam a ser possivelmente englobados como novas causas de pedir dos danos punitivos no direito inglês”²⁷⁸.

Isso não quer dizer, no entanto, que a Inglaterra abriu definitivamente suas portas para indenizações milionárias e desmedidas, como vez por outra é possível identificar no direito norte-americano²⁷⁹. Como destaca John Y. Gotanda, o histórico recente do direito inglês indica que a Inglaterra tem aumentado o número de hipóteses de aplicação dos *punitive damages*, buscando, por outro lado, limitar o valor das indenizações²⁸⁰. O objetivo disso é evitar a criação de uma “*indústria das indenizações*”, tal como muitos argumentam ter-se-ia observado nos Estados Unidos até meados da década de 1990.

2.3. O direito norte-americano

Os *punitive damages* consagraram-se no direito americano. Foi nos Estados Unidos da América que o instituto encontrou a lógica econômica que o fez crescer e produzir seus mais importantes efeitos. Não é por outro motivo que o estudo da função punitiva da responsabilidade civil não pode, atualmente, furtar-se ao exame das principais características do instituto no território norte-americano.

Assim como no direito inglês, também nos Estados Unidos os *punitive damages* não podem, em regra, ser considerados direito subjetivo do ofendido²⁸¹: pela regra dos países de *common law*, cabe ao júri avaliar o caso concreto e definir se – e em que extensão – estão presentes as condições que permitem a condenação. Diferentemente da Inglaterra, no entanto, o federalismo norte-americano impede a determinação de uma regra

²⁷⁸ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*, p. 170.

²⁷⁹ John Y. Gotanda destaca que, além das categorias indicadas no caso *Rookes v. Barnard*, a jurisprudência inglesa consagrou as seguintes seis limitações aos *punitive damages*: “*Six limitations restrict the availability of punitive damages in England. The first is the “if, but only if,” test. A court can award punitive damages only if compensatory damages are inadequate to punish the defendant, deter others, and mark the court’s disapproval of such conduct. Second, the plaintiff must be the victim of the defendant’s punishable behavior. Third, punitive damages may not be appropriate if the defendant has already been punished for the wrongful conduct. The principle is based on the rationale that one should not be punished twice for the same conduct. Fourth, the existence of multiple plaintiffs may limit the availability of punitive damages. The reasons for this limitation are that a court may be unable to apportion an award when not all of the plaintiffs are known or are before the court, or when not all of the plaintiffs may have been subjected to the alleged oppressive, arbitrary or unconstitutional behavior. Fifth, punitive damages may not be justified when the defendant has acted in good faith. Sixth, if the plaintiff caused or contributed to the behavior complained of, that may preclude an award punitive damages*” (GOTANDA, John Y. *Punitive Damages*, pp. 12-13).

²⁸⁰ GOTANDA, John Y. *Punitive Damages*, p. 18.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 19.

geral exata acerca do atual estágio do instituto nos Estados Unidos²⁸².

²⁸² Quatro Estados proíbem, em algum grau, os *punitive damages*: Louisiana, Nebraska, New Hampshire e Washington. Diversos outros Estados impõem limitações, conforme demonstra o quadro constante do informativo “*Punitive Damages Review -2011 Edition*” publicado pelo escritório americano *Wilson Elser Moskowitz Edelman & Dicker LLP*:

<i>State</i>	<i>Dollar Cap</i>	<i>Multiple of Compensatory</i>	<i>Type of case/Other Limitation</i>
<i>Alabama</i>	<i>\$500,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	<i>Nonphysical injury.</i>
	<i>\$1,500,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	<i>Physical injury.</i>
<i>Alaska</i>	<i>\$500,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	<i>Several limitations.</i>
<i>Arkansas</i>	<i>\$250,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	<i>Not to exceed \$1 million.</i>
<i>Colorado</i>	<i>n/a</i>	<i>1 x compensatory</i>	<i>Can increase to 3 x compensatory,</i>
<i>Connecticut</i>	<i>n/a</i>	<i>n/a</i>	<i>Limited to litigation expenses, with certain exceptions.</i>
<i>Florida</i>	<i>\$500,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	
	<i>\$2 million</i>	<i>n/a</i>	<i>If unreasonable financial gain or if likelihood of injury was known.</i>
<i>Georgia</i>	<i>\$250,000</i>	<i>n/a</i>	<i>Does not apply to product liability cases or if intent to harm is proved.</i>
<i>Idaho</i>	<i>\$250,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	
<i>Indiana</i>	<i>\$50,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	
<i>Iowa</i>	<i>n/a</i>	<i>3 x clean-up costs</i>	<i>Applies only to environmental cases.</i>
<i>Kansas</i>	<i>\$5 million</i>	<i>n/a</i>	<i>3 x defendant's annual gross income or 1.5 times profit.</i>
<i>Maine</i>	<i>\$75,000</i>	<i>n/a</i>	<i>Wrongful death actions.</i>
		<i>3 x clean-up costs</i>	<i>Environmental cases.</i>
<i>Massachusetts</i>	<i>\$100,000</i>	<i>n/a</i>	<i>Only applies to certain actions.</i>
<i>Mississippi</i>	<i>2% of defendant's net worth to \$20 million depending on net worth.</i>		
<i>Montana</i>	<i>\$10 million</i>	<i>3% of net worth</i>	<i>Does not apply to class actions.</i>
<i>Nevada</i>	<i>\$300,000 if compensatory is less than \$100,000</i>		
	<i>3 x compensatory damages if compensatory is in excess of \$100,000</i>		
<i>New Jersey</i>	<i>\$350,000</i>	<i>5 x compensatory</i>	
<i>North Carolina</i>	<i>\$250,000</i>	<i>3 x compensatory</i>	
<i>North Dakota</i>	<i>\$250,000</i>	<i>2 x compensatory</i>	
<i>Ohio</i>	<i>\$350,000</i>	<i>2 x compensatory</i>	<i>10% of defendant's net worth.</i>
<i>Oklahoma</i>	<i>\$100,000</i>	<i>1 x compensatory</i>	<i>Different caps or no caps apply depending on acts committed.</i>
	<i>\$500,000</i>	<i>2 x compensatory</i>	
<i>Oregon</i>	<i>n/a</i>	<i>4 x compensatory</i>	<i>Cap applies only to cases in which harm is purely economic.</i>
<i>Rhode Island</i>	<i>n/a</i>	<i>2 x compensatory</i>	<i>Willful and malicious misappropriation cases.</i>
<i>Texas</i>	<i>\$200,000</i>	<i>2 x economic damages up to \$750,000 compensatory</i>	
<i>Utah</i>	<i>n/a</i>	<i>3 x compensatory</i>	
<i>Virginia</i>	<i>\$350,000</i>	<i>n/a</i>	

Fonte: “*Punitive Damages Review -2011 Edition*” - *Wilson Elser Moskowitz Edelman & Dicker LLP*.

Se o primeiro caso de *punitive damages* na Inglaterra data de 1763, tem-se notícia de que o instituto adentrou o direito norte-americano em 1784, com aplicação da pena civil no caso *Genay v. Norris*²⁸³. Naquele caso, a Suprema Corte da Carolina do Sul condenou o réu ao pagamento dos então intitulados “danos vingativos” (*vindictive damages*) por ter causado “dores extremas e excruciantes” (*extreme and excruciating pain*) após tentar envenenar o autor da ação: antes de um duelo de pistolas entre as partes, o réu teria proposto um brinde reconciliatório, ocasião em que teria adicionado secretamente um poderoso veneno à taça de seu adversário. A engenhosidade do réu levou a corte a instruir o júri no sentido de condená-lo de forma exemplar.

Outros precedentes que deram origem à formação da noção de *punitive damages* foram os casos *Coryell v. Colbaugh*²⁸⁴, julgado em 1791 pela Suprema Corte de Nova Jersey, e *Boston Manufacturing Co. v. Fiske*²⁸⁵, julgado em 1820 pelo Tribunal Federal de Massachusetts (*First Circuit Court*). Tanto no primeiro (um caso de quebra da promessa de noivado) como no segundo (um caso de violação de patente) casos, as cortes entenderam estarem diante de condutas dolosas e temerárias (as cortes falam em *willful and wanton conducts*) que, por sua gravidade, deveriam ser punidas exemplarmente.

Desde então a doutrina cresceu e se estabeleceu nos Estados Unidos, de modo que, já em 1851 a Suprema Corte Americana já tratava dos *punitive damages* como uma doutrina consolidada por “repetidas decisões judiciais por mais de um século”²⁸⁶. Os casos que resultavam em condenações por *punitive damages* eram dos mais variados²⁸⁷, sendo possível, contudo, traçar uma característica comum à maioria deles: tratavam-se de condutas perpetradas com dolo ou culpa grave (ou, nas diversas palavras utilizadas pelos americanos para transmitir essas noções: *malice, oppressive and cruel conduct, wanton*

²⁸³ *Genay v. Morris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784).

²⁸⁴ *Coryell v. Colbaugh*, 1 N.J.L. 77 (1791).

²⁸⁵ *Boston Manufacturing Co. v. Fiske*, 3 F. Cas. 957, C.C.D. Mass. (1820).

²⁸⁶ *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363, 371 (1851), at 371.

²⁸⁷ “Courts frequently assessed punitive damages against bullies who oppressed the physically weak and socially powerless. Courts also awarded punitive damages to female plaintiffs for assault and battery, rape, and sexual harassment. Judges and juries used the remedy not only to punish and deter sexual assault and harassment, but also to keep the social peace and uphold community mores. Some courts attempted to use punitive damages, but with less success, as a means to stem racial violence. One commentator of the late nineteenth century maintained that courts awarded punitive damages in cases of malicious injuries and trespasses accompanied by personal insult or oppressive and cruel conduct. Courts also awarded punitive damages for the alienation of a spouse when such alienation was accompanied by malicious intent” (RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. In: *American University Law Review*, Washington, DC, v. 42, 1993. pp. 1292-1294).

*behavior, gross negligence, gross disregard of a plaintiff's right etc*²⁸⁸).

Até meados de 1800 os punitive damages eram aplicados substancialmente a pessoas físicas. No entanto, no final do século XIX, especialmente como resultado da intensa expansão industrial e consequente ampliação dos riscos, a aplicação da doutrina passou a visar as grandes corporações²⁸⁹. “Estudiosos passaram a apontar para a questionável ética comercial como a causa de muitos dos mais sérios problemas econômicos, políticos e sociais”²⁹⁰, de forma que, até o final do século, “a maioria das cortes já admitiam genericamente a aplicação dos *exemplary damages* contra empresas”²⁹¹.

Por mais de 200 anos, a Suprema Corte Americana negou-se a impor limites às condenações por *punitive damages*, ao fundamento de que o instituto seria amplamente reconhecido tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra. Contudo, desde meados de 1990 a referida Corte modificou gradualmente seu entendimento e, visando a conter a já mencionada “indústria de indenizações”, passou a manifestar-se sobre o tema, impondo alguns limites à concessão de *punitive damages*, especialmente no que diz respeito à fixação do valor da pena²⁹². Entre os diversos julgados que enfrentaram o tema, consagraram-se como casos paradigmáticos (*leading cases*) os seguintes: (i) *BMW of North America v. Gore*; (ii) *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.*; e o recentíssimo (iii) *Philip Morris USA v. Williams*.

O primeiro caso a reformar uma condenação do júri por *punitive damages* foi o caso *BMW of North America v. Gore*²⁹³. O consumidor Ira Gore Jr. acusou a BMW de fraude contra a lei do Alabama, por deixar de informá-lo que o carro novo (no valor de

²⁸⁸ Ver RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards; e OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. *Villanova Law Review*, Pennsylvania, v. 39, 1994.

²⁸⁹ As companhias ferroviárias teriam sido, à época, as mais afetadas pela imposição de *punitive/exemplary damages*: “Theodore Sedgwick cites the following instances of oppressive conduct warranting punitive damages against railroads: ‘Such, for instance, is abuse of process or willful refusal to perform an official duty. A woman in delicate health is wrongfully turned out of her house at night in a storm.... A passenger wrongfully ejected from a railroad train with rudeness.... So exemplary damages may be recovered where the wrongful act is accompanied with circumstances of insult and outrage.’ The railroads were involved in innumerable suits brought on behalf of women, invalids, children, and other individuals who suffered oppression at the hands of conductors, porters, and other railway employees” (RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards, p. 1295).

²⁹⁰ No original: “Pundits pointed to the questionable ethics of businesses as the cause of many of the nation's most serious economic, political, and social evils” (RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards, p. 1295).

²⁹¹ No original: “most courts generally agreed that exemplary damages could be assessed against corporations” (RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards, p. 1295).

²⁹² Os Estados, como já visto, costumam limitar não apenas o valor dos *punitive damages*, mas também a extensão de sua aplicação, determinando, em muitos casos, as hipóteses em que poderão ser aplicados.

²⁹³ *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

US\$40.751,88), que ele havia comprado de um revendedor autorizado, teria sido repintado pela empresa antes da venda. Após julgamento, o júri condenou a BMW ao pagamento de US\$ 4 mil dólares por danos materiais e US\$ 4 milhões de dólares por *punitive damages*. A Corte do Alabama reduziu a condenação em *punitive damages* para US\$ 2 milhões, por considerar que a condenação do júri teria equivocadamente levado em consideração a conduta da BMW em outros estados americanos. A BMW recorreu à Suprema Corte.

A Suprema Corte aceitou analisar o caso “para iluminar o caráter do padrão que irá identificar condenações constitucionalmente excessivas de *punitive damages*”²⁹⁴. Reiterando a legitimidade dos Estados para a imposição de *punitive damages*, como forma de desestímulo a condutas ilícitas, a Corte fixou três importantes critérios para aferição do *quantum* adequado dos *punitive damages*:

- (i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu;
- (ii) a proporção entre os *compensatory damages* (ou *actual damages* - danos materiais e morais) e os *punitive damages*; e
- (iii) a comparação entre o valor da indenização punitiva e as demais sanções civis e criminais que poderiam ser aplicadas contra o réu pela sua conduta ilícita.

Diante disso tudo, a Corte decidiu, por maioria, anular a decisão anterior e remeter o caso novamente à Suprema Corte do Alabama para que fosse reavaliado o valor dos *punitive damages*, tomando por base os novos critérios estabelecidos pela Suprema Corte Americana²⁹⁵. Ao final, a Corte do Alabama reduziu a condenação para US\$ 50.000,00, por entender ser esse o valor constitucionalmente aceitável.

Esse caso evidenciou pelo menos duas importantes características dos *punitive damages* norte-americanos: (i) a necessidade de que a conduta punida tenha decorrido de dolo ou culpa grave²⁹⁶; e (ii) a importância de que os *punitive damages* sejam calculados proporcionalmente – e de forma compatível - com os danos materiais/morais.

Os critérios adotados no caso Gore foram retomados e esclarecidos anos depois, no julgamento do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al*²⁹⁷. Após acidente causado por Curtis Campbell, duas vítimas gravemente feridas ingressaram com ação de indenização contra Curtis e sua seguradora, State Farm. No curso da ação, os

²⁹⁴ No original: “in order to illuminate the character of the standard that will identify constitutionally excessive awards of *punitive damages*” (BMW of North America v. Gore, p. 559).

²⁹⁵ BMW of North America v. Gore, p. 584.

²⁹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 81.

²⁹⁷ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.*, 123 S. Ct. 1513 (2003).

autores propuseram a Curtis acordo no valor de US\$ 50 mil, valor este totalmente coberto por sua apólice de seguro. No entanto, embora soubesse que o acidente fora causado por culpa de seu segurado, a State Farm seguiu uma política interna e recusou o acordo. Ao final, a ação foi julgada totalmente procedente e os jurados condenaram Curtis ao pagamento de indenização no valor de US\$ 183.849,00. Diante da recusa da seguradora em pagar o valor que superava sua apólice, Curtis Campbell ajuizou ação contra a seguradora requerendo indenização por danos materiais, morais e *punitive damages*²⁹⁸.

Inicialmente, o júri condenou a seguradora State Farm ao pagamento de US\$ 2,5 milhões por danos morais e US\$ 145 milhões a título de *punitive damages*. Posteriormente, o juiz reduziu o valor da condenação para US\$ 1 milhão (danos morais) e US\$ 25 milhões (*punitive damages*). Ambas as partes recorreram à Suprema Corte de Utah que, após considerar todos os critérios definidos no caso *Gore v. BMS*, reformou a decisão para retomar o valor dos *punitive damages* definidos pelo júri: US\$ 145 milhões. A seguradora recorreu à Suprema Corte.

A decisão da Suprema Corte teve por escopo esclarecer os critérios mencionados no caso *Gore*, partindo da premissa de que “*punitive damages* exageradamente excessivos violariam o Devido Processo Legal²⁹⁹” porque eles não representam nenhum interesse

²⁹⁸ Para mais informações sobre o caso, consultar John Y. Gotanda, já citado.

²⁹⁹ O devido processo legal é resguardado pelas 5ª e 14ª Emendas à Constituição Americana, que preveem o seguinte: “*Fifth Amendment: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”; e “*Fourteenth Amendment: Section 1. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

A interpretação que se dá ao devido processo legal nos Estados Unidos é mais ampla do que a consagrada pelo direito brasileiro. Nos Estados Unidos fala-se em devido processo legal substantivo e processual (*substantive and procedural due process*). De acordo com Ryan C. Williams, “*an interpretation of the Due Process Clauses can be categorized as ‘procedural due process’ if it imposes no constraints on governmental deprivations of ‘life, liberty, or property’ that do not relate to the form of adjudication that must be provided in connection with such deprivations and the procedures that must be observed in connection with such adjudication. By contrast, an interpretation of the Due Process Clauses can be classified as ‘substantive due process’ if, and only if, it would prohibit governmental actors, in at least some circumstances, from depriving individuals of life, liberty, or property even if those individuals receive an adjudication in which ‘even the fairest possible procedure[s]’ are observed*” (WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. *Yale Law Journal*, Yale, v. 120, mar. 2010. p. 419). Para maiores detalhes sobre o *due process clause* norte-americano, recomendamos, ainda: ORTH, John V. *Due Process of Law*; RUBIN, Peter J. Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 103, n. 4, mai. 2003.

legítimo do Estado e constituiriam uma privação arbitrária da propriedade”³⁰⁰.

Com relação ao primeiro critério, a Suprema Corte declarou que a reprovabilidade da conduta do ofensor deve ser determinada com base nos seguintes elementos:

- (i) se a conduta do ofensor causou à vítima dano físico ou meramente econômico;
- (ii) se a conduta do ofensor evidenciou indiferença quanto à segurança ou à saúde da vítima;
- (iii) se a vítima estava passando por dificuldades financeiras ou estava, de qualquer forma, vulnerável diante da conduta do ofensor; e
- (iv) até que ponto a conduta do ofensor indica dolo ou culpa grave.

No tocante ao segundo critério – a proporcionalidade entre os danos materiais/morais e os *punitive damages* – a Suprema Corte consagrou a regra do “*single-digit ratio*”. De acordo com a decisão da Suprema Corte, apenas “algumas condenações que excedam à razão de um único dígito [*single-digit ratio*] entre *compensatory* e *punitive damages*, em um nível significativo, deverão satisfazer ao devido processo legal”³⁰¹. Em síntese, a Suprema Corte posicionou-se no sentido de que, em regra, os *punitive damages* deveriam ser arbitrados em patamares entre 1 e 9 vezes o valor das indenizações compensatórias.

Com relação ao terceiro critério, a Suprema Corte determinou que a observância às demais sanções civis e criminais aplicáveis ao ilícito seria necessária para identificar o grau de reprovabilidade do ilícito cometido pelo ofensor à luz do direito do Estado em que a conduta foi perpetrada.

A decisão proferida no caso *State Farm v. Campbell* foi recentemente rediscutida pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso *Philip Morris USA v. Williams*³⁰², tradicional ação de responsabilidade civil movida por familiar de tabagista contra a indústria do cigarro, em razão de morte associada ao consumo do cigarro. Nesse caso, o júri condenou a Philip Morris ao pagamento de danos morais e materiais no valor de US\$821 mil e *punitive damages* no valor de US\$ 79,5 milhões. Mantida a decisão pela

³⁰⁰ No original: “*grossly excessive punitive damages violate the Due Process Clause because they further no legitimate state purpose and constitute an arbitrary deprivation of property*” (GOTANDA, John Y. *Punitive Damages*, p. 41).

³⁰¹ No original: “*few awards exceeding a single-digit ratio between compensatory and punitive damages, to a significant degree, will likely satisfy due process*” (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al.*, 538 US 408, 123 S. Ct. 1513 (2003), p. 1524).

³⁰² *Philip Morris USA v. Williams*, 549 US 346, 123 S. Ct. 1057 (2007).

Suprema Corte do Oregon, a ré recorreu à Suprema Corte Americana.

O fundamento principal do recurso foi a “*single-digit ratio*” consagrada pela decisão no caso Campbell. Esse fundamento, contudo, não foi acatado pela Suprema Corte. Como destaca Daniel de Andrade Levy, a decisão no caso Philip Morris “permite pensar que tal regra não incidirá nos casos nos quais, como o da Philip Morris, for constatada uma conduta culposa do réu de ‘absoluta indiferença pela vida humana’”³⁰³. A regra de “um dígito” consagrada pelo caso Campbell parece (embora não seja possível afirmar categoricamente), portanto, não ser absoluta, tratando-se, na verdade, de mero parâmetro (ainda que bastante forte) para casos semelhantes.

A decisão no caso Philip Morris, no entanto, foi igualmente importante para definir mais um critério para a concessão dos *punitive damages*: a vedação ao “*total harm punitive damages*”³⁰⁴, ou seja, a vedação ao *punitive damages* como pena pela repercussão social dos danos causados ao indivíduo³⁰⁵.

Ou seja, a Suprema Corte definiu claramente que as condenações por *punitive damages* devem atentar para a distinção entre a aferição da reprovabilidade da conduta do ofensor e a efetiva punição por condutas alegadamente cometidas contra terceiros. Estas últimas não poderão fundamentar a condenação por *punitive damages*, já que, nesse caso, o autor estaria sendo indenizado por danos não sofridos por ele, mas sim por terceiros (a

³⁰³ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages, p. 176.

³⁰⁴ COLBY, Thomas B. Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 118, 2008. p. 397.

³⁰⁵ É o que ensina THOMAS B. COLBY: “*Williams put an end to the uncertainty. The Court declared that, although it had not squarely decided either in favor of the constitutionality of total harm punitive damages in BMW, or against their constitutionality in Campbell, it was now prepared to resolve the issue: “We did not previously hold explicitly that a jury may not punish for the harm caused others. But we do so hold now”* (COLBY, Thomas B. Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams, p. 400). E de acordo com o mesmo autor: “*In the decades leading up to Williams, punitive damages were, with increasing frequency, awarded to punish the defendant for the total harm that its wrongful conduct caused to all of society, not just the harm that it caused to the actual plaintiff or plaintiffs before the court - a sweeping sanction that I and others have referred to as ‘total harm’ punitive damages. It was this phenomenon that was largely responsible for most of the jaw-dropping punitive damage awards in recent years. A jury that sees its mission as inflicting an appropriate punishment for causing thousands, or even millions, of injuries or deaths is likely to award punitive damages in an amount several orders of magnitude greater than it would award if it understood its task much more modestly as punishing the defendant for the wrong done only to the single victim before the court. To take a particularly striking example, in 2002, a California jury awarded a single smoker who contracted lung cancer \$850,000 in compensatory damages and \$28 billion - billion! - in punitive damages. That staggering punitive award was surely beyond the pale as punishment for causing only the plaintiff’s illness and suffering; no rational justice system could possibly mete out that kind of penalty for harming a single person, no matter how severe the suffering and how reprehensible the wrongdoing. But it was not necessarily unreasonable as punishment for the harm done to the literally millions of smokers who were injured or killed by the defendant’s fraud (if one concludes, as did the jury, that the tobacco company was guilty of maliciousness in knowingly causing those countless deaths and injuries)*”. (Ibidem, p. 397).

sociedade)³⁰⁶.

Tudo isso indica a tendência do direito norte-americano, desenhada ao longo dos últimos 20 anos, de limitar o *quantum* das indenizações punitivas, sem, contudo, retirar delas sua *função social*³⁰⁷ de distribuição dos custos das atividades econômicas e estímulo ao investimento em práticas que evitem os danos típicos de uma *sociedade de risco*³⁰⁸. A tendência, como visto, é muito semelhante àquela que tem curso no direito inglês.

3. OS *PUNITIVE DAMAGES* EM ALGUNS PAÍSES EUROPEUS DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Embora a indenização punitiva tenha logrado êxito nos países de sistema de *Common Law*, nos países de tradição romano-germânica o sucesso não se repetiu tão naturalmente, especialmente em razão do apego desses países à noção de responsabilidade civil como elemento de mera reparação de danos. Ao tratar da indenização por danos morais, Jorge Mosset Iturraspe enumera minuciosamente os argumentos que, na visão do autor, seriam favoráveis à função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil:

- a) O Direito de Danos ou da responsabilidade civil pertence ao âmbito do Direito Privado;
- b) não é próprio de tal Direito ‘castigar’ o agente mas sim reparar a vítima;
- c) as penas privadas são estranhas, pelo menos em regra, ao seu campo de atuação;
- d) a mira está direcionada para quem sofreu o dano e não para quem o causa;
- e) não é verdade que o dano moral não admite alguma reparação in natura ou por equivalente pecuniário;
- f) se é verdade que a dor não pode ser medida, nem é possível expressar o sofrimento em uma soma de dinheiro, é também verdade que o dinheiro pode realizar a função satisfatória;
- g) o dinheiro é, sem dúvida, o meio pelo qual, e na ausência de outros, e de acordo com os usos da vida, se ‘repara uma ofensa’;
- h) se é possível qualificar essa compensação de ‘equivalência artificiosa’, não o é mais do que outras que o Direito acolha, como a avaliação do trabalho de um profissional ou a avaliação de lucros cessantes;
- i) a falta de uma compensação constitui uma injustiça e uma iniquidade; a pretexto de impossibilidade beneficia o autor e prejudica a vítima;
- j) por fim, a imoralidade invocada não é real, pois não há troca ou cessão alguma: dinheiro por dor, sensação agradável por sofrimento suportado. O Direito não impõe uma solução, apenas a oferece. É um campo propício da

³⁰⁶ O argumento da Suprema Corte, neste aspecto é bastante confuso e, por sua atualidade, ainda não foi debatido intensamente pelos juristas locais. A princípio, a enunciação da regra parece ir de encontro a uma das funções primordiais dos *punitive damages* – a prevenção em seu aspecto geral – e, por isso, não nos parece conceitualmente consistente.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva, p. 21.

³⁰⁸ Recorrendo, mais uma vez, à expressão cunhada por Ulrich Beck.

legalidade e não da moralidade³⁰⁹.

De fato, os *punitive damages* consagrados pelos países de *common law*, apesar de causarem agitação na doutrina jurídica global, têm encontrado resistência entre os países de tradição romanista. A vinculação aos princípios *neminem laedere* e *nulla poena sine lege* mostra-se, na maioria desses países, óbice de difícil superação para a incorporação da “responsabilidade civil em sua função de pena privada”³¹⁰.

Movimentos legislativos modernos – amparados em forte arcabouço doutrinário e jurisprudencial - no entanto, têm indicado um influxo gradual do instituto em ordenamentos de origem romano-germânica. Exemplo categórico disso é a recente introdução dos *punitive damages* na *Ley de Defensa del Consumidor* na Argentina, com as modificações trazidas pela *Ley 26.361* de 2008.

Para examinar a posição de alguns países de *civil law* acerca dos *punitive damages*, tomamos como exemplo - a título meramente ilustrativo - os casos da *Alemanha* e da *Itália* (que já tiveram o tema enfrentado por suas Supremas Cortes), além do caso da *Argentina* (pela importância da recente modificação em sua lei consumerista).

3.1. O caso da Alemanha

Em abril de 1985, um jovem alemão foi condenado pela *Superior Court of the State of California* a pagar o valor de US\$ 750.260,00 a uma menor, por abusos sexuais cometidos em meados de 1984. O valor da indenização era composto por: (i) US\$100.260,00, por despesas médicas passadas e futuras; (ii) US\$50.000,00 para acomodação (*cost of placement*); (iii) US\$200.000,00 por danos morais; e (iv)

³⁰⁹ No original: “a) El Derecho de Daños o de la responsabilidad civil pertenece al ámbito del Derecho Privado; b) no es propio de tal Derecho ‘castigar’ al agente sino reparar a la víctima; c) las penas privadas son extrañas, al menos como regla, a su campo de actuación; d) las miras están puestas en quien sufre el daño y no en quien lo causa; e) no es verdad que el daño moral no admite cierta reparación in natura o por equivalente no pecuniario; f) si bien es verdad que el dolor no puede parangonarse, ni es dable expresar una suma de dinero el sufrimiento, también lo es que el dinero puede cumplir una función satisfactoria; g) el dinero es, sin lugar a dudas, el medio por el cual y en defecto de otros, y según los usos de la vida, se ‘repara una ofensa’; h) si bien puede calificarse esta compensación de ‘equivalencia artificiosa’, no lo es más que otras que el Derecho prohija, como la evaluación del trabajo de un profesional o el justiprecio del lucro cesante; i) la falta de una compensación constituye una injusticia y una iniquidad; so pretexto de imposibilidad beneficia al autor y perjudica a la víctima; j) por último, la inmoralidad invocada no es tal, puesto que no hay cambio o cesión alguna: dinero por dolor; sensación placentera por sufrimiento padecido. El Derecho no impone una solución sino que se limita a brindarla. Es un campo propicio de la juridicidad y no de la eticidad” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños. El Daño Moral*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. t. V. pp. 203-204).

³¹⁰ Conforme defende Suzanne Carval (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*).

US\$400.000,00 por *exemplary e punitive damages*³¹¹.

Intentada a execução da sentença em território alemão, o Tribunal de 1ª instância (*Landgericht*) de Düsseldorf reconheceu a exequibilidade da sentença em seu valor integral. Em sede recursal, o Tribunal de 2ª instância (*Oberlandesgericht*) confirmou a decisão parcialmente, eliminado do *quantum* exequível o valor da condenação por *punitive damages*.

A decisão final foi proferida em 1992 pela *Bundesgerichtshof*, Corte Suprema Alemã, que “não admitiu a execução da indenização punitiva, pelo limite de ordem pública expresso no §723, II, 2ª parte, e §328, I, n. 4, do ZPO [*Zivilprozeßordnung*, Código de Processo Civil alemão], uma vez que o ordenamento jurídico permite apenas o ressarcimento do dano, vedado o enriquecimento da vítima”³¹².

Repisando a clássica distinção romanista entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, a Suprema Corte Alemã consignou que à responsabilidade civil caberia a função precípua de ressarcir o dano, restituindo a vítima ao *status quo ante*. As funções de dissuasão e punição seriam incumbências adstritas ao direito penal. Como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, a *Bundesgerichtshof*:

Em especial, manifestou seu entendimento no sentido de considerar justo que a *fattispecie* proveniente dos ordenamentos anglo-saxões possa operar no âmbito do Direito Civil, mas não considerou admissível que, em um ordenamento como o *germânico*, em que o Estado tem o monopólio de aplicar sanções, um cidadão possa assumir a função do Ministério Público, pretendendo que venha cominadas sanções decorrentes de um ilícito civil, e, pior, que delas possa se beneficiar³¹³.

No entanto, como indica Maria Celina Bodin de Moraes, “o aspecto mais alardeado nessa decisão foi o de que a *Bundesgerichtshof* não excluiu completamente a possibilidade de que sentenças que contenham condenações por danos punitivos possam ser executadas na Alemanha”³¹⁴. De acordo com a decisão, “*o aspecto da pretensão ao ressarcimento do dano moral de buscar satisfação pode somente ser chamado em causa na medida em que os danos punitivos voltam-se para compensar eventuais danos imateriais*”³¹⁵.

A aparente abertura deixada pela Corte Suprema alemã à indenização punitiva,

³¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 254.

³¹² COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a Indenização Punitiva no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 147, jul./set. 2007. p. 218.

³¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 255.

³¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 256.

³¹⁵ HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 294.

como visto, é apenas ilusória. A Corte alemã apenas quis ressaltar que, naquelas hipóteses em que os *punitive damages* tiverem, na realidade, a função de compensar danos morais e não a de punir o ofensor (e, portanto, a referência ao termo tenha ocorrido por mera imprecisão conceitual ou ao amparo de um sentido antigo e já superado de *punitive damages*³¹⁶).

Como destaca Andrea Sirotti Gaudenzi, “é evidente que a conclusão da Bundesgerichtshof, mostrando tímida abertura ao instituto anglo-saxão, não poderia permitir o reconhecimento de uma *fattispecie* muito distinta do sistema contido no BGB; uma solução diferente teria extrapolado os limites a princípio impostos em matéria de ressarcimento”³¹⁷.

A posição da corte alemã foi, portanto, bastante clara: apenas se admitiria indenização com fim ressarcitório e compensatório. Os *punitive damages*, por ferirem a regra do *restitutio in integrum* e, supostamente, gerarem enriquecimento sem causa, feririam a ordem pública alemã e, portanto, não seriam admitidos pelo direito.

3.2. O caso da Itália

Também na Itália, a Corte Suprema já teve oportunidade de manifestar-se sobre a adequação dos *punitive damages* aos preceitos do direito civil local, em sede de procedimento de execução de sentença estrangeira.

Em setembro de 1995, um motociclista italiano sofreu um acidente na cidade norte-americana de Jefferson, Alabama, e, diante do impacto, veio a falecer, em razão de defeito de projeto da fivela de fechamento do seu capacete. A mãe da vítima ajuizou ação de indenização, nos Estados Unidos, contra a Fimez S.p.A., empresa com sede na Itália. A empresa foi condenada pela *Superior Court of Alabama* ao pagamento de US\$ 1 milhão, a título de *punitive damages*.

Ao avaliar o pedido de execução da referida sentença em território italiano, a *Corte d'appello di Venezia* “rejeitou a ação, por entender que a condenação em

³¹⁶ Conforme mencionado acima, a ideia inicial dos *punitive damages*, também nos países de *Common Law*, era a de compensação de danos extrapatrimoniais. Essa ideia encontra-se, hoje, superada: danos extrapatrimoniais são satisfeitos por meio dos *compensatory damages*.

³¹⁷ No original: “e evidente che la conclusione della Bundesgerichtshof, pur mostrando timide aperture all’istituto anglosassone, non avrebbe potuto permettere il riconoscimento di una *fattispecie* così lontana dal sistema contenuto dal BGB; una soluzione diversa avrebbe fatto saltare ogni limite posto ai principi in tema di risarcimento” (GAUDENZI, Andrea Sirotti. I “*punitive damages*” nella giurisprudenza di alcuni Paesi dell’Europa continentale e della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo, disponível em: www.diritto.it/articoli/civile/gaudenzi.html, acesso em: 20 mai. 2011).

*indenização punitiva seria contrária à ordem pública italiana*³¹⁸. Irresignada, a mãe recorreu à *Corte Suprema di Cassazione* italiana, argumentando que o direito civil italiano compreenderia hipóteses de penas privadas (cláusula penal, p.ex.) além de medidas afritivas e sancionatórias visando a recomposição do dano extrapatrimonial.

Como explica Renata de Paiva Puzzilli Comin, o recurso foi sumariamente rejeitado:

A Corte Suprema de Cassação italiana rejeitou o recurso. Em primeiro lugar, esclareceu que a cláusula penal não tem natureza e finalidade sancionatórias ou punitivas. Ela tem a função de reforçar o vínculo contratual e de liquidar preventivamente a prestação ressarcitória. Quanto aos danos morais, a Corte Suprema de Cassação esclareceu que em sua indenização o acento é posto sobre o causador do dano. A finalidade perseguida é reintegrar a lesão, enquanto nos *punitive damages* não há correspondência entre o montante do ressarcimento e o dano efetivamente verificado³¹⁹.

A decisão italiana segue a linha do direito de países de tradição romano-germânica de fazer prevalecer a distinção tão rígida quanto possível entre os direitos penal e civil. A decisão da Corte Suprema italiana, extremamente recente (datada de 2006), mostra-se ainda mais rígida, nesse sentido, do que a decisão alemã. Isso porque, a Corte italiana sequer dá-se ao trabalho de investigar se os chamados *punitive damages* estariam, na verdade, cumprindo o papel de indenizar danos morais (como aparenta ter se tratado o caso em referência).

Conforme aponta Renata de Paiva Puzzilli Comin, com base em manifestação de Marco Rossetti, ilustre Juiz do Tribunal de Roma, a decisão proferida pela Corte italiana deve refrear, ao menos por ora, o debate acerca da aceitação dos *punitive damages* pelos juristas italianos, até porque a recepção dos *punitive damages* pelo direito italiano iria de encontro ao princípio fundamental do direito civil de vedação ao enriquecimento sem causa³²⁰. No entanto, como bem ressalta Caroline Vaz, a discussão acerca da utilização da pena privada como instrumento de prevenção de danos continua viva entre os doutrinadores italianos, estando a questão ainda longe de consenso³²¹.

³¹⁸ COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a Indenização Punitiva no Brasil, p. 216.

³¹⁹ COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a Indenização Punitiva no Brasil, p. 216.

³²⁰ COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a Indenização Punitiva no Brasil, p. 217.

³²¹ VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 64-67. De acordo com Paolo Gallo, seriam quatro as hipóteses de aplicação da pena privada no direito italiano: “1) Quando não há um dano, ou pelo menos um dano de natureza econômica imediatamente perceptível e/ou quantificável. Por exemplo, usar bens alheios ou entrar em casa alheia sem permissão do proprietário. 2) Quando mediante a prática de um ato ilícito o autor percebe vultosa vantagem, como por exemplo, obtém

4. A RECENTE INTRODUÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO ARGENTINO

Conforme destaca Demetrio Alejandro Chamatropulos, é possível dividir a evolução do instituto dos *punitive damages* na Argentina em três fases³²²:

(i) a primeira (“*la prehistoria de los daños punitivos en la Argentina*”)³²³ tem início em 1989, com as primeiras publicações acadêmicas sobre o tema e termina em 1998, “momento em que a Comissão Redatora designada termina seu trabalho e apresenta ao Ministério da Justiça o, posteriormente fracassado, Projeto de Código Civil que continha, em seu artigo 1587, o instituto que chamou de ‘multa civil’”³²⁴. A jurisprudência desse período é clara ao refutar os *punitive damages* em razão da ausência de previsão legal para tanto, muito embora as decisões prolatadas mais perto do fim do período indiquem uma tendência pelo reconhecimento do instituto³²⁵.

(ii) a segunda (“*la aparición en escena*” do instituto), vai de dezembro de 1998,

grandioso lucro com o uso abusivo e ofensivo à honra de outra pessoa. 3) Nos casos de danos ao meio ambiente ou provocados por atividades de grandes empresas, responsabilidade dos produtores, etc. Quando os danos são muito difusos e, por isso, poucas pessoas buscarão a reparação destes em juízo, já que a mera imposição da obrigação de ressarcir eventuais danos individuais pode não ser suficiente para atender um efeito preventivo da condenação, entendem cabível também a indenização buscando tal efeito. 4) A quarta possibilidade é para os autores de delitos de ‘menor potencial ofensivo’ como furtos em grandes magazines, ofensas à honra, à liberdade sexual, entre outras. Essa possibilidade se coaduna com a política de aplicação do Direito Penal aos delitos de maior relevância, ficando para a esfera civil e administrativa a punição desses considerados ‘delitos menores’, restando a pena privada como solução intermediária à responsabilidade penal e à mera obrigação de reparar o dano” (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 175. *Apud* VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 66).

³²² CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*. Legislación. Jurisprudencia. Doctrina. Buenos Aires: Errepar, 2009. pp. 77-142.

³²³ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 77.

³²⁴ No original: “*momento en que La Comisión Redactora designada culmina su trabajo y presenta ante El Ministerio de Justicia el finalmente fallido Proyecto de Código Civil que contenía, en su artículo 1587, el instituto que llamó ‘multa civil’*” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 77).

³²⁵ Conforme Demetrio Alejandro Chamatropulos, após descrever uma série de julgados do período, “*la extensa enumeración que hemos llevado a cabo no ha sido caprichosa. Y tampoco lo ha sido el hecho de repetir en varias de las sentencias citadas que los daños punitivos no se aplicaban en la Argentina por no estar previstos legalmente. En lo que puede reputarse como la tendencia mayoritaria en esta etapa, es decir, el rechazo enfático de la imposición de daños punitivos, podemos escoger la sentencia del caso ‘G., F. M.’, inclinándonos por ella, quizá por la contundencia y énfasis de las palabras escogidas por el Dr. Bueres al fundamentar su voto, en las que se grafica o, mejor dicho se resume, el ánimo jurisprudencial predominante con respecto a la posibilidad concreta de aplicar el instituto en estas tierras. Lo que se ha querido poner de manifiesto es que, hasta hace solamente once años, amén de casi no poder encontrarse sentencias que aunque sea mencionen a título secundario esta pena privada, las que sí lo hacían no daban ni el mínimo margen para que la solución tuviera nacimiento por la vía pretoriana. Una tendencia más audaz por parte de ciertos jueces vamos a poder constatarla en alguno fallos que traeremos a conocimiento en la etapa que abordaremos a continuación*”. (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, pp. 96/97).

com o início da discussão sobre o referido artigo 1587 do Projeto de Código Civil argentino, até abril de 2008, com a entrada em vigor da Reforma à Lei Argentina de Defesa do Consumidor (Ley 26.361), que introduziu expressamente os *punitive damages* no âmbito das relações de consumo³²⁶. Nesse período, experimentou-se um importante aumento do interesse acadêmico (diversas publicações e encontros acadêmicos) e jurisprudencial acerca do tema. As decisões passaram a analisar mais profundamente o tema e, na falta de previsão legal expressa, muitos juízes passaram a utilizar o instituto de forma dissimulada, aproveitando-se da flexibilidade do conceito de dano moral³²⁷.

(iii) a terceira, que vai de abril de 2008 até os dias atuais, compreende o período de eficácia da nova lei consumerista argentina e sua discussão pela jurisprudência e doutrina locais³²⁸.

Assim, é em 3 de abril de 2008 que se inicia o período que marca “o verdadeiro ponto de inflexão na evolução dos danos punitivos na Argentina”³²⁹: nessa data foi aprovada pelo congresso argentino a Lei nº 26.361, que alterou a Lei Argentina de Defesa do Consumidor (Lei nº 24.240), incluindo nela o artigo 52 *bis*, que trouxe para o ordenamento daquele país – expressamente e na forma de lei – os *punitive damages*:

Artigo 52 bis: Dano Punitivo. Ao fornecedor que não cumprir com suas obrigações legais ou contratuais para com o consumidor, a ponto de causá-lo dano, o juiz poderá aplicar uma multa civil a favor do consumidor, que será graduada em função da gravidade do feito e das demais circunstâncias do caso, independentemente de outras indenizações aplicáveis. Quando mais de um fornecedor for responsável pela infração, todos responderão solidariamente perante o consumidor, sem prejuízo das ações de regresso que lhes caiba. A multa civil imposta não poderá superar o máximo da sanção de multa prevista

³²⁶ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 78.

³²⁷ Para uma análise completa da evolução da jurisprudência no período, consultar Demetrio Alejandro Chamatropulos (*Los Daños Punitivos en la Argentina*, pp. 108-137). Segundo o mesmo autor: “*Después de 1998 y hasta principios de 2008 es posible advertir un mayor conocimiento del instituto de los daños punitivos por parte de los jueces argentinos. Seguramente este se debió a que ya no se les hablaba de ningún concepto ‘de otro planeta’, sino de una figura que estuvo a punto de ser ley vigente en la Argentina, no sólo en el ámbito de las relaciones de consumo (como sucede en la actualidad), sino como una posible pena a aplicar para el incumplimiento de cualquier obligación civil o comercial, siempre y cuando se encontraran presentes ciertos recaudos. Por otra parte, aumentó ostensiblemente la variedad e supuestos en los que la multa fue solicitada, o bien, se aplicó ‘disimuladamente’. Así, sin ánimo excluyente, encontramos casos de daños causados por noticias difundidas por medios de comunicación masiva, incumplimientos contractuales de empresas de servicios públicos, perjuicios causados por acciones indebidas por parte del Estado, inconductas procesales, discriminación en el ámbito laboral, accionares ilegales de obras sociales, infracciones al régimen de marcas, daños a la salud, responsabilidad empresarial por lanzar al mercado productos defectuosos y mala praxis médica*” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 137).

³²⁸ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 78.

³²⁹ No original: “*el verdadero punto de inflexión en la evolución de los daños punitivos en la Argentina*” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 137).

no artigo 47, inciso b) desta lei³³⁰.

A introdução da norma no ordenamento desencadeou enorme debate na comunidade jurídica argentina, em especial quanto à constitucionalidade do dispositivo. No que diz respeito à constitucionalidade da norma, Liliana A. B. Urrutia defende que a norma é constitucional, porque, tratando-se de pena privada (e, portanto, pena de direito civil), sua aplicação não estaria sujeita às garantias do processo penal³³¹. No mesmo sentido Edgardo López Herrera, para quem “os danos punitivos não violam as garantias constitucionais e [portanto] este motivo não é óbice para legislar sobre o tema na Argentina”³³². De acordo com o autor, o referido artigo 52 bis não fere o devido processo legal substantivo ou adjetivo, na medida em que (i) o dispositivo goza de presunção de razoabilidade; e (ii) havendo previsão legal para sua imposição, não há qualquer prejuízo à defesa dos réus³³³.

No mais é interessante destacar que a lei consumerista argentina estabelece que a “multa civil” aplicada a título de *daño punitivo* terá como limite o valor de \$5.000.000,00 (cinco milhões de pesos argentinos, conforme previsto no artigo 47, b, da Lei de Defesa do

³³⁰ No original: “*Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley*” (Ley 24.240, artigo 52 bis – Lei Argentina de Defesa do Consumidor (norma original reformada pela Ley 26.361, que efetivamente introduziu o referido artigo 53 bis no ordenamento civil argentino)).

³³¹ “3.- Constitucionalidad: en cuanto a la inconstitucionalidad que pleitean algunos autores, argumentando que estas sanciones de tipo penal dentro de un proceso civil no tendrían las garantías del proceso penal, corresponde destacar que son sanciones civiles (de derecho privado) y, por lo tanto, no estarían alcanzadas por dichas garantías. La petición de parte interesada (art. 52 bis L.D.C.) al momento de interponer la demanda garantiza el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En consecuencia, consideramos que deberá no sólo peticionar la multa civil sino también estimar su monto, el cual podrá ser adecuado por el juzgador, dependiendo de las pruebas que se produzcan en el juicio. Excepcionalmente y cuando el afectado no pueda prever la conducta del obligado como pasible de esta pena, ya sea porque surja con posterioridad, deberá plantearlo como hecho nuevo, y en los casos que fuera posible deberá adoptar como remedio procesal las medidas preparatorias o asegurativas de juicio para determinar el reclamo y su monto” (URRUTIA, Liliana A.B. La incorporación de los “punitive damages” del Common Law a nuestro ordenamiento jurídico. La multa civil del art. 52 bis de la ley 26.361. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizada em Córdoba/Argentina entre 23 e 25 de setembro de 2009, disponível em: www.derechocivilcba.com.ar/docs/danos_punitivos_urrutia.doc, acesso em: 27 jun. 2011. p.3).

³³² No original: “*los daños punitivos no vulneran garantías constitucionales y [portanto] este motivo no es óbice para legislar sobre el tema en la Argentina*” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 348).

³³³ Também pela constitucionalidade do artigo 52 bis, Demetrio Alejandro Chamatropulos (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, pp. 143-188). Para uma análise completa sobre a constitucionalidade do artigo, consultar HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, pp. 347-360. A análise sobre a constitucionalidade da indenização punitiva no direito francês (e no direito comunitário) pode ser encontrada em CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, pp. 211-232.

Consumidor). Para a graduação do *quantum* da multa, contudo, a lei é pouco precisa, trazendo apenas dois critérios: (i) a gravidade do feito; e (ii) as demais circunstâncias do caso.

Nesse aspecto, parte importante da doutrina tem defendido que deveria o legislador, “em matéria de quantificação dos danos punitivos, adotar um sistema amplo de apreciação, levando em conta as circunstâncias do caso, a saber: gravidade da falta cometida pelo causador do dano, sua situação patrimonial, a dimensão da reparação, bem como a conduta do causador do dano posteriormente ao feito, se é reincidente ou não, e demais circunstâncias do caso”³³⁴.

Outro aspecto interessante diz respeito à destinação do valor arrecadado com a multa. O tema é controverso³³⁵ na medida em que, se de um lado defende-se que a destinação da indenização à vítima pode causar *enriquecimiento sem causa*, de outro defende-se que a destinação da multa ao Estado representaria “transformação de multa civil em penal”³³⁶. A doutrina majoritária, no entanto, tem seguido o entendimento de que a multa do artigo 52 bis deve ter como destino integral a vítima, autor da ação³³⁷. É esta a posição defendida por Edgardo López Herrera, para quem a destinação da integralidade da multa à vítima do ilícito estimula a pessoa lesada a ingressar com a ação de indenização, especialmente nos casos em que a mera reparação do dano não justificasse a propositura da demanda (pois seria mais custoso – financeira e psicologicamente – ingressar com a ação do que arcar com o prejuízo)³³⁸.

Vale notar, no entanto, que a posição não é uníssona na doutrina argentina. Jorge

³³⁴ No original: “en materia de valuación de los daños punitivos, adoptar un sistema amplio de apreciación, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, a saber: gravedad de la falta cometida por el dañador, su situación patrimonial, y la dimensión de la reparación, como asimismo, la actitud del dañador con posterioridad al hecho, si es reincidente o no, y demás circunstancias del caso” (URRUTIA, Liliana A.B. La incorporación de los “punitive damages”, p. 3).

³³⁵ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 220.

³³⁶ No original: “mutación de multa civil a penal” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 348).

³³⁷ “9.- Destino: la reforma a la L.D.C. destina estas multas civiles a la propia víctima, y a su instancia (art. 52 bis). Consideramos que es un argumento de peso el interés propio de la víctima en accionar y el carácter privado de estas penas. Además, no genera un indebido enriquecimiento para el consumidor, toda vez que encuentra su fundamento o causa en la ley” (URRUTIA, Liliana A.B. La incorporación de los “punitive damages”, p. 7). No mesmo sentido Iribarne Santiago y Bravo D’André Ignacio (De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo. *RCyS L.L.*, ano XI, n. 5, mai. 2009. pp. 44-45).

³³⁸ “A veces los autores argentinos no llegan a entender cómo funcionan los daños punitivos. Si no se destina la totalidad de la indemnización punitiva a la víctima, o al menos la mayor parte de ella, el incentivo se pierde y directamente no hay interesados en el litigio. Es que un juicio por daños punitivos, implica no sólo una gran inversión de tiempo y dinero, sino el granjeo de odios, rencores y ánimos de venganza. Significa la exposición a riesgos por parte de sus iniciadores. Riesgos no sólo económicos, sino profesionales, por la reputación que se pone en juego al iniciar este tipo de juicios y quién sabe si personales por los intereses que se tocan. Suponer que alguien sufrirá estas horcas caudinas para que el gran premio se lo lleve otro, es cuando menos un pecado de inocencia” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, pp. 310-311).

Mosset Iturraspe, por exemplo, rechaça completamente que qualquer parte da multa seja destinada à vítima, por entender ser essa uma solução sem qualquer racionalidade³³⁹. Já Demetrio Alejandro Chamatropulos defende posição intermediária, entendendo que à vítima seja destinada apenas uma parcela considerável da indenização, “reservando a outra parte para algum dos bons fins”³⁴⁰ públicos, defendidos por diversos civilistas argentinos.

Fato é que as discussões acerca do artigo 52 bis da lei consumerista argentina ainda são muito incipientes no âmbito dos Tribunais, razão pela qual o debate acadêmico sobre o tema ainda não pode refletir solidamente na jurisprudência. Como destaca Ana Inés Elias, o dispositivo é muito recente e, portanto, “apenas um profundo estudo e a prática darão respostas definitivas às questões levantadas por esta nova figura e confirmarão a utilidade ou não deste recentemente proposto instituto”³⁴¹.

Vale ressaltar, por fim, que a novidade do direito argentino limita-se ao âmbito das relações de consumo: no direito civil tradicional argentino a situação permanece a mesma, não havendo previsão de indenização punitiva no âmbito das relações paritárias. Há quem defenda, contudo, a introdução da pena pecuniária no sistema geral de responsabilidade civil argentino, por ocasião de futura e eventual reforma do Código Civil argentino³⁴².

³³⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. La “multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 2000-B-1277.

³⁴⁰ No original: “reservando la otra parte para algunos de los buenos fines” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 224).

³⁴¹ No original: “sólo un profundo estudio y la práctica darán definitivas respuestas a las preguntas que plantea esta nueva figura y confirmará la utilidad o no de esta nueva institución propuesta” (ELÍAS, Ana Inés. Daño Punitivo: Derecho y Economía en la Defensa del Consumidor. In: ARIZA, Ariel (Coord.). *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 157).

³⁴² URRUTIA, Liliana A.B. La incorporación de los “punitive damages”, p.11.

CAPÍTULO III:

EFICÁCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* – A EFETIVA UTILIDADE DO INSTITUTO E A SUA FORMA ADEQUADA DE APLICAÇÃO

1. A EFICÁCIA E UTILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Antes de analisar a legalidade e adequação dos *punitive damages*³⁴³ à luz do direito brasileiro, convém avaliar a eficácia e utilidade do instituto. Embora a doutrina nacional muito tenha discutido acerca da legalidade (ou ilegalidade) da função punitiva da responsabilidade civil, pouco se aprofundou na questão da eficácia prática do instituto. Muitos tomam como dogma³⁴⁴ a ideia de que os *punitive damages* representam recurso eficaz para a prevenção de danos. Outros, com base em argumentos vagos e desprovidos de fundamentos empíricos, sustentam que o instituto não apresentaria grande relevância prática, especialmente em decorrência da incidência de seguros de responsabilidade civil.

Neste capítulo, pretendemos analisar, no plano teórico, as funções originariamente atribuídas aos *punitive damages* e, no plano prático, a real eficácia do instituto como elemento de prevenção de danos. Para tanto, recorreremos novamente à experiência do direito norte-americano, por ter sido aquele o país em que o instituto mais se arraigou.

1.1. As funções originária e primordialmente atribuídas aos *punitive damages* – *deterrence e punishment*.

Os *punitive damages*, como já tivemos a oportunidade de mencionar, integram o ramo do direito conhecido por *tort law* (que abarca os temas no Brasil regulados pela responsabilidade civil). Trata-se de uma das diversas formas de indenização concedidas a

³⁴³ Optamos, por ora, em manter a denominação *punitive damages*, sem fazer qualquer opção por uma tradução (indenização punitiva, danos punitivos, pena civil etc). Oportunamente, quando estivermos analisando a possível adequação do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, faremos uma opção e a justificaremos. Por ora, no entanto, especialmente porque estamos analisando o instituto à luz do direito estrangeiro (notadamente o direito norte-americano), optamos pela referência ao nome original.

³⁴⁴ Dogma: “Uma opinião ou princípio consolidado ou de autoridade”, no original: “*An established or authoritative opinion or tenet*” (ADELEYE, Gabriel G.; Acquah-Dadzie, Kofi et al. *World dictionary of foreign expressions*, p. 107).

vítimas de atos ilícitos (os chamados *torts*³⁴⁵). Mas os *punitive damages* não se confundem com os *compensatory* ou *nominal* damages, quantias usualmente atribuídas para a compensação de danos materiais e morais. *Compensatory damages* correspondem à quantia necessária para a compensação ou reparação do dano: trata-se, portanto, do valor destinado à reparação tanto de danos materiais como danos morais³⁴⁶. *Nominal damages* correspondem a uma figura desconhecida no direito brasileiro: trata-se de valor simbólico (normalmente apenas um dólar) que tem o objetivo de atestar o cometimento de ato ilícito em hipóteses em que não há dano material ou moral³⁴⁷.

A condenação por *punitive damages* é de caráter acessório³⁴⁸ e, portanto, só poderá acontecer se houver condenação principal em *compensatory* ou, ao menos, *nominal damages*. Mais do que isso, apenas em uma parcela daqueles casos é que será possível e adequada a condenação por *punitive damages*³⁴⁹.

³⁴⁵ Mais uma vez parece-nos valioso recorrer ao *Black's Law Dictionary* para definir *tort*: “A civil wrong, other than breach of contract, for which a remedy may be obtained, usu(ally) in the form of damages; a breach of a duty that the law imposes on persons who stand in a particular relation to one another” (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, p. 1547).

³⁴⁶ “Compensatory damages are typically defined as damages ‘awarded to a person as compensation, indemnity, or restitution for harm sustained by him.’ Compensatory damages are awarded for both pecuniary and non-pecuniary losses” (DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. *Understanding torts*, pp. 215-216).

³⁴⁷ “Nominal damages are a symbolic award (often one dollar) given to the plaintiff when liability for a tort is established but no actual harm occurred or is proven with sufficient certainty. The nominal damage award indicates that the defendant committed the tort and may serve to clarify or vindicate the rights of the plaintiff. For example, the award of nominal damages in trespass can be useful in establishing judicial recognition of property boundaries. Some torts, such as negligence, require proof of actual harm to be actionable. In such torts, nominal damages are never awarded” (DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. *Understanding torts*, p. 215).

³⁴⁸ “Since punitive damages are merely incidental to a cause of action, they alone never may constitute the basis of the action. Thus, the plaintiff must show that he has been injured or that his rights have been infringed. Missouri allows exemplary damages to lie only where actual or nominal damages have been recovered first. Although some states require actual damages to be proved, “most allow punitive damages to be awarded where the damages are merely nominal.” California appears to be moving away from strict adherence to the rule that the plaintiff must suffer actual damages before he may recover exemplary damages” (BELLI, Melvin M. Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society. *UMKC Law Review*, Missouri, v. 49, 1980-1981. p. 9).

³⁴⁹ Embora alguns acreditem que a incidência dos *punitive damages* nos Estados Unidos seja muito relevante, Stephen Daniels e Joanne Martinn, após estudo empírico acerca desta questão, argumentam, em sentido contrário, que apenas cerca de 4,9% dos casos de responsabilidade civil ajuizados nos Estados Unidos gerariam *punitive damages*; mais do que isso, apenas 8,8% das ações procedentes incluiriam a condenação por *punitive damages* (DANIELS, Stephen; MARTINN, Joanne. Myth and Reality in Punitive Damages. *Minnesota Law Review*, Minnesota, v. 75, out. 1990. p. 31). Em artigo mais recente, esta posição é defendida por Theodore Eisenberg e outros (EISENBERG, Theodore; GOERDT, John; OSTROM, Brian et al. The Predicability of Punitive Damages. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 26, n. S2, jun. 1997. pp. 623-661). Em sentido contrário A. Mitchell Polinsky, para quem a possibilidade de condenação em *punitive damages* seria determinante para o número de acordos realizados em ações de responsabilidade civil: segundo esta perspectiva, a repercussão real dos *punitive damages* no direito norte-americano seria consideravelmente maior do que aquela defendida por Daniels e Martinn (POLINSKY, A. Mitchell. Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 26, n. S2, jun. 1997. pp. 663-664).

De fato, nas palavras de Arthur T. von Mehren e Peter L. Murray, “em praticamente todas as jurisdições dos Estados Unidos, os *punitive damages* só entram em cena em casos de condutas escandalosamente delituosas (*egregious tortious conduct*)”³⁵⁰. Os *punitive damages*, portanto, só são conferidos às pessoas que tiverem sido vítimas de condutas particularmente reprováveis, decorrentes de alto grau de culpabilidade. Assim, os tribunais americanos costumam aplicar *punitive damages* apenas aos casos em que ficar demonstrado que a conduta do ofensor envolveu *malice*³⁵¹ (dolo, maldade), *gross negligence*³⁵² (culpa gravíssima, dolo eventual³⁵³) ou *deliberate wrongdoing*³⁵⁴ (dolo, intenção deliberada de cometer o ilícito).

Os objetivos pretendidos com a aplicação de regime específico para tais condutas são muitos. Embora não haja consenso na doutrina, merecem destaque as sete funções atribuídas ao instituto por Dorsey D. Ellis Jr., reconhecidamente “um dos mais importantes doutrinadores que tratam do tema”³⁵⁵: “(1) punir o réu; (2) [prevenção especial] prevenir o réu de reincidir no ilícito; (3) [prevenção geral] prevenir outros de cometerem o ilícito; (4) preservar a paz; (5) induzir que o cumprimento da lei seja buscado por agentes privados; (6) compensar vítimas por perdas impossíveis de serem recompensadas de outra maneira; e (7) pagar os honorários advocatícios do autor”³⁵⁶. Outros autores falam ainda em funções

³⁵⁰ No original: “in practically all American jurisdictions, punitive damages only come into play in cases of *egregious tortious conduct*” (MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, p. 179).

³⁵¹ “[M]alice, n. (14c) 1. The intent, without justification or excuse, to commit a wrongful act. 2. Reckless disregard of the law or of a person’s legal rights. 3. Ill will; wickedness of heart” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1042).

³⁵² “[G]ross negligence. (16c) 1. A lack of slight diligence or care. (...) 2. A conscious, voluntary act or omission in reckless disregard of a legal duty and of the consequences to another party, who may typically recover exemplary damages. – Also termed reckless negligence; wanton negligence; willful negligence; willful and wanton negligence; hazardous negligence; magna negligentia” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1134).

³⁵³ Tomamos a liberdade de emprestar, aqui, a expressão cunhada pelo direito penal, pela sua utilidade conceitual.

³⁵⁴ “[D]eliberate (*di-lib-ə-rate*), adj. (15c) 1. Intentional; premeditated; fully considered. 2. Unimpulsive; slow in deciding” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 492). “[W]rongdoer, n. (15c) One who violates the law <both criminals and tortfeasors are wrongdoers>. – wrongdoing, n.” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*, p. 1751).

³⁵⁵ No original: “one of the doctrine’s leading academic commentators” (DANIELS, Stephen; MARTINN, Joanne. *Myth and Reality in Punitive Damages*, p. 7).

³⁵⁶ No original: “(1) punishing the defendant; (2) deterring the defendant from repeating the offense; (3) deterring others from committing an offense; (4) preserving the peace; (5) inducing private law enforcement; (6) compensating victims for otherwise uncompensable losses; and (7) paying the plaintiffs attorneys’ fees” (ELLIS JR., Dorsey D. *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages. Southern California Law Review*, California, v. 56, 1982-1983. p. 3).

de “vingança”³⁵⁷, “[promoção de] justiça pública”³⁵⁸, “controle de abusos dos mais poderosos”³⁵⁹, “pedagogia”³⁶⁰ e “retribuição”³⁶¹.

Apesar de serem muitas as funções atribuídas aos *punitive damages*, são tradicionalmente duas as que chamam a maior atenção da doutrina e da jurisprudência e que, em última instância, justificam a existência do instituto: as funções punitiva (*punishment*) e preventiva (*deterrence*)³⁶².

Por *punishment*, entende-se “a intenção da sociedade de impor sanções adequadas em indivíduos culpados”³⁶³. Fala-se, especificamente, na função de punir condutas particularmente graves e reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. A punição, portanto, representa a resposta da sociedade a determinada conduta por ela repudiada e, portanto, tem o efeito de satisfazer ao natural anseio humano de ver aquele que agiu mal pagando pelo que fez³⁶⁴. Muitos falam, ainda, na função punitiva como uma forma de compensar um desejo de vingança contra atos cruéis, desejo esse instintivo e inerente à condição humana³⁶⁵. Argumenta-se, ainda, que a função punitiva tem o benefício de evitar a sempre indesejada vingança privada³⁶⁶.

O conceito de *deterrence*, embora mais amplo, pode ser definido como o objetivo de prevenir a ocorrência de danos. Fala-se, portanto, em *general* e *specific deterrence* para, via de regra, referir-se ao que já definimos como prevenção geral e especial. A prevenção geral teria o objetivo de impedir que a conduta punida seja repetida por outros membros da

³⁵⁷ No original: “*revenge*” (BELLI, Melvin M. *Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, p. 5).

³⁵⁸ No original: “*public justice*” (BELLI, Melvin M. *Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, p. 5).

³⁵⁹ No original: “*control the abuse of the powerful*” (RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, p. 1269).

³⁶⁰ No original: “*education*” (OWEN, David G. *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, p. 363).

³⁶¹ No original: “*retribution*” (OWEN, David G. *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, p. 363).

³⁶² Nas palavras de Polinsky e Shavell, “*deterrence and punishment are traditionally said to be the goals of punitive damages*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 873).

³⁶³ No original: “*By the punishment objective we refer to society’s goal of imposing appropriate sanctions on blameworthy parties*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 948).

³⁶⁴ Cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 948.

³⁶⁵ Cf. BELLI, Melvin M. *Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, p. 5.

³⁶⁶ Cf. BELLI, Melvin M. *Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, p. 5.

sociedade; a prevenção específica (ou especial) refere-se à intenção de dissuadir a reincidência da conduta pelo próprio ofensor³⁶⁷.

A função preventiva é certamente a mais importante função atribuída aos *punitive damages*, podendo ser designada, sem qualquer exagero, a própria razão de ser do instituto. A condenação de um agente ao pagamento de valor substancialmente elevado tem o nobre objetivo de extirpar de nossa sociedade comportamentos ultrajantes, que devem ser veementemente repudiados pelo Direito. O elemento ético que permeia o instituto o torna instrumento particularmente importante para a prevenção de danos. Com ele não se busca a prevenção de danos de qualquer natureza, mas sim daqueles que devem ser repudiados de forma mais rigorosa pelo direito: os oriundos de condutas particularmente ofensivas e culpáveis. Os *punitive damages*, nesse sentido, têm a função de preservar, com rigor e efetividade, a dignidade humana. É nesse sentido o pensamento de André Gustavo Corrêa de Andrade:

O emprego de uma sanção pecuniária como forma de desestimular a prática ou reiteração de comportamentos ilícitos, antissociais, lesivos aos direitos da personalidade, atende a um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê impensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano³⁶⁸.

³⁶⁷ Cf. DANIELS, Stephen; MARTINN, Joanne. *Myth and Reality in Punitive Damages*, p. 31. Há, ainda, uma outra definição de *general e specific deterrence* muito divulgada pela doutrina. Trata-se da definição trazida pelo célebre trabalho de Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Edição de estudante. New Haven e Londres: Yale University Press, 1970). Em seu trabalho, Guido Calabresi avalia a eficiência dos sistemas de responsabilidade civil (especialmente do sistema de responsabilidade subjetiva), por meio de uma análise econômica do direito. O nível de eficiência dos sistemas é medido, por Calabresi, substancialmente pelo nível de *deterrence* (prevenção, no sentido de capacidade de redução dos custos sociais dos acidentes/danos – *reduction of social costs* (Ibidem, p. 26)) proporcionada por cada sistema. Nesse contexto, Calabresi fala em *general e specific deterrence* não da forma como temos tratado a referida classificação, mas sim considerando as formas como podem ser reduzidos os custos sociais dos acidentes/danos (Ibidem, pp. 26-27). Assim, defende Calabresi que tais custos poderiam ser reduzidos por dois métodos distintos: por *general deterrence* ou por *specific deterrence* (Ibidem, p. 27). O método de *general deterrence* parte do princípio de que ‘*no one knows what is best for individuals better than themselves do*’ (Ibidem, p. 69). Assim, o método do *general deterrence* considera os meios que a própria sociedade, livre para escolher as atividades que serão realizadas (assim como o nível de sua realização), encontra para evitar acidentes/danos (Ibidem, pp. 69-75). O método do *specific deterrence*, por sua vez, não aceita a premissa de que a sociedade tem plena capacidade de decidir livremente os meios para redução de custos sociais dos acidentes/danos (Ibidem, p. 95). A premissa, aqui, é de que faltam à sociedade os instrumentos para aferir os riscos envolvidos nas atividades por ela realizadas (notadamente informação), de forma que só seria eficaz uma *specific deterrence*, ou seja, ‘*all decisions as to accident costs should be made collectively, through a political process*’ (Ibidem, p. 95). O autor termina por concluir que o sistema ideal deve conter instrumentos que correspondam a uma combinação de *general e specific deterrence*. E, complementa, ‘*what I have tried to demonstrate in this book is the more general proposition that a mixed system can be developed which does all the things we want in the way of accident cost reduction better than the fault system and does them consistently with our sense of justice*’ (Ibidem, p. 312).

³⁶⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 245.

A prevenção de danos, como já dito, é função essencial da responsabilidade civil, especialmente no contexto atual, em que danos irreparáveis são cada vez mais comuns e difundidos na sociedade. E é exatamente este o propósito maior dos *punitive damages*: prevenir danos por meio da dissuasão de comportamentos danosos futuros. Trata-se, portanto, de importante instrumento para a consecução daquilo que, na opinião de Edgardo López Herrera³⁶⁹, sintetizaria a função preventiva da responsabilidade civil e seu objetivo de reduzir simultaneamente custos de três espécies: custos primários (danos diretos e indiretos sofridos pela vítima), custos secundários (danos sofridos pela sociedade) e danos terciários (custos administrativos decorrentes de acidentes, tais como os custos para manutenção da Justiça)³⁷⁰.

1.2. Os resultados decorrentes do uso instituído: o exemplo dos Estados Unidos

Muito se fala sobre a possível eficácia dos *punitive damages* como instrumento para prevenção de danos. Em geral, no entanto, os posicionamentos favoráveis ou contrários à real utilidade do instituto não buscam guarida em argumentos técnicos. Em regra, partidários e opositoristas dos *punitive damages* utilizam premissas pouco testadas para defender suas opiniões, sendo muito comum a referência a casos emblemáticos para suportar seus argumentos.

Entre os casos mais emblemáticos, talvez o de maior destaque seja o caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants*³⁷¹. Trata-se do famoso caso da Sra. Stella Liebeck, de 79 anos, que derramou em seu colo um copo de café quente, após comprá-lo no *drive-thru* do restaurante *McDonald's*, e conseguiu a condenação da empresa ao pagamento de indenização que, em razão de *punitive damages*, chegaria a aproximadamente US\$2.86 milhões (sendo US\$160 mil por danos materiais e morais e US\$2.7 milhões por *punitive damages*). O caso Liebeck é frequentemente lembrado pela suposta absurdidade da indenização obtida em decorrência de fato cotidiano: quantos de nós já não derramamos um café em nosso colo e nem sequer cogitamos a possibilidade de atribuir o fato a terceiros e, ainda pior, conseguir uma indenização milionária em razão disso?

O que normalmente não se menciona é que os fatos que levaram o júri à fixação de condenação tão exacerbada não são tão simples. Em primeiro lugar, o acidente causou à

³⁶⁹ Seguindo a classificação clássica de Guido Calabresi.

³⁷⁰ HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 156.

³⁷¹ *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995.

Sra. Liebeck queimaduras de terceiro grau que a impossibilitaram de trabalhar por diversas semanas. Em segundo lugar, restou comprovado, no curso do processo, que o café servido à Sra. Liebeck estaria a uma temperatura de cerca de 85 °C, atendendo política global do McDonald's, embora a recomendação das entidade técnicas fosse a de servir o café a não mais do que 60 °C. A perícia técnica demonstrou, ainda, que a 85 °C, o café demoraria cerca de 3,5 segundos para lesar a pele da Sra. Liebeck; no entanto, a uma temperatura apenas 10 °C inferior (70 °C), a lesão ocorreria após 20 segundos, tempo suficiente para que as lesões fossem evitadas com a limpeza do local. A instrução processual indicou, ainda, que a diferença de temperatura teria finalidade econômica: a 85 °C o café teria maior prazo de validade. Por fim, restou ainda demonstrado que, anteriormente ao acidente da Sra. Liebeck, o McDonald's teria recebido (e ignorado) cerca de 700 reclamações de consumidores acerca da alta temperatura do café³⁷².

O que não se fala também é que a soma milionária fixada pelo júri foi significativamente reduzida pelo juiz da corte de New Mexico, que condenou o McDonald's ao pagamento de US\$160 mil por danos materiais e outros US\$480 mil por *punitive damages*, perfazendo um total de US\$640 mil. Para evitar os riscos de um recurso, as partes transigiram e, de acordo com Daniel Shapiro, acertaram acordo em valor inferior a US\$600 mil³⁷³.

E este é apenas um dos muitos casos emblemáticos que marcam a popularidade do tema. Casos como condenações altíssimas (como a condenação de US\$144.8 bilhões em ação na Flórida envolvendo fabricantes de cigarro, ou a de US\$4.8 bilhões em ação em Los Angeles envolvendo fabricante de automóvel)³⁷⁴ são comumente referidos para mostrar ora a exemplaridade, ora a absurdidade da aplicação dos *punitive damages*.

Alguns autores, contudo, buscaram avaliar a eficácia prática dos *punitive damages* nos Estados Unidos utilizando-se de recursos mais técnicos e, por vezes, bases empíricas³⁷⁵. Uma análise mais palpável da eficácia do referido instituto é a realizada por

³⁷² *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995.

³⁷³ Cf. SHAPIRO, Daniel J. *Punitive Damages*. *Los Angeles Business Journal*, Los Angeles, v. 43, n.1, 1995.

³⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide. Illinois: The University of Chicago Press, 2002. p. 1.

³⁷⁵ De acordo com David G. Owen, referida análise técnica deve partir da premissa de que “*the effectiveness of punitive damages in deterring gross misconduct depends significantly upon two principal factors: (1) whether the law in fact regularly catches and punishes persons who flagrantly violate the rights of other persons and (2) whether potential offenders understand that the law proscribes, and that enforcers are likely to punish, their contemplated misbehavior. Because it is common knowledge that misconduct, in fact, often goes undetected and unpunished, punitive damages help to deter misconduct by serving to sensationalize, and hence to publicize, the apprehension and punishment of offenders found guilty of egregious misconduct. Such awards are thought to deter by informing potential offenders on a variety of things: (1) that certain*

Richard C. Ausness, em seu estudo intitulado *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*³⁷⁶.

A análise de Ausness é bastante simples e avalia a eficácia dos *punitive damages* como instrumentos de punição e prevenção de danos sob duas perspectivas: (i) se contratação de apólice de seguros contra *punitive damages* traz impactos concretos à eficácia do instituto; e (ii) particularmente nos casos em que o réu é uma empresa, se os *punitive damages* são efetivamente suportados pela empresa ou repassados a terceiros (notadamente consumidores)³⁷⁷.

No primeiro caso, o objetivo é avaliar se a possibilidade de contratação de apólice de seguros contra *punitive damages* reduz significativamente a eficácia do instituto como instrumento de prevenção de danos. A resposta, na visão do autor é negativa pelos seguintes motivos: (i) grande número de Estados americanos veda a securitização deste tipo de dano, ao argumento de que tal seguro representaria afronta à ordem pública; (ii) mesmo nos Estados em que a apólice de seguro é considerada legal, “o empresário não escapará totalmente das consequências do seu ato ilícito”³⁷⁸. Isso porque, as companhias seguradoras que estiverem dispostas a cobrir este tipo de risco – totalmente elástico e imprevisível - certamente cobrarão prêmios altíssimos, assim como incluirão em suas apólices valores expressivos a título de franquia ou coparticipação do segurado³⁷⁹. Caberá portanto, ao segurado, a avaliação dos riscos de sua atividade e, como resultado, a opção por despendar os valores necessários para atenuar os referidos riscos ou por arcar com os altos custos de um seguro. Ademais, a exigência de altas franquias ou valores de coparticipação refreiam os já mencionados problemas do risco moral (*moral hazard*)³⁸⁰ e criam incentivos importantes para a adoção de condutas preventivas por parte do segurado.

types of conduct violating the interests of other persons are improper and subject to legal remedy, as discussed in the educative function discussion earlier; (2) that intentional and other flagrant violations of the law are further subject to punishment in amounts exceeding the return of the stolen goods and (3) that, although punishment may be uncertain, it is likely enough (because of the monetary incentive given victims to prosecute such offenses) and may be large enough to take the apparent profitability out of contemplated thefts. In sum, the deterrence message directed at would-be thieves is that the price of getting caught, discounted by the risk thereof, exceeds the value of the booty” (OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, pp. 377-378).

³⁷⁶ AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*. *Kentucky Law Journal*, Kentucky, v. 74, 1985.

³⁷⁷ AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, pp. 41-43.

³⁷⁸ No original: “*the culpable manufacturer will not completely escape the consequences of its wrongdoing, even where courts allow insurance coverage of punitive damages*” (AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, p. 42).

³⁷⁹ AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, p. 43.

³⁸⁰ Ver nota 133, acima.

No segundo caso, a ideia é verificar se a condenação por *punitive damages* é esvaziada quando direcionada a empresa que atua no mercado e, portanto, pode repassar os custos da elevada indenização a terceiros, diluindo-os no preço de seus produtos e serviços. A esse respeito, Ausness pondera que “a possibilidade do empresário de repassar custos diretamente por meio de aumento de preços depende amplamente de sua situação concorrencial”³⁸¹. Assim, conclui o autor que: (i) se o empresário comercializar produto de demanda inelástica³⁸², ou encontrar-se em mercado mono ou oligopolista, o repasse de preços a terceiros poderá ser efetivo, diluindo substancialmente os efeitos punitivo e preventivo dos *punitive damages*; mas – e esta parece ser a regra no cenário global atual, (ii) se o empresário atuar em indústria competitiva (regime de livre concorrência), o repasse da indenização, mediante aumento de preços, não será possível, pois o mercado possui alternativas para suprir aquela oferta a um preço adequado³⁸³.

A visão defendida por Richard Ausness, no entanto, não é unânime. W. Kip Viscusi³⁸⁴, uma das maiores autoridades em *punitive damages* nos Estados Unidos, defende que uma análise empírica mais rígida dos *punitive damages* apresenta resultados contrários à real eficácia do instituto como instrumento de prevenção. Tal visão, contudo, é fortemente combatida por outra reconhecida autoridade na matéria: Theodore Eisenberg³⁸⁵. Em artigo intitulado *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, o autor rebate ponto a ponto os argumentos apresentados por Viscusi, desqualificando aspectos críticos da pesquisa daquele acadêmico³⁸⁶.

³⁸¹ No original: “*The manufacturer’s ability to shift costs directly through higher prices largely depends upon its competitive situation*” (AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, p. 41).

³⁸² Produtos que apresentam demanda constante, independente de variação no preço. Normalmente referem-se a produtos de primeira necessidade e/ou sem concorrente (p.ex. alguns tipos de medicamentos).

³⁸³ AUSNESS, Richard C. *Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, p. 42.

³⁸⁴ VISCUSI, W. Kip. *The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts*. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

³⁸⁵ EISENBERG, Theodore. *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

³⁸⁶ Outra destacada crítica acerca da efetividade dos *punitive damages* como instrumento dissuasório é a feita por James Boyd e Daniel Ingberman. De acordo com esses autores, ao menos em algumas situações, os *punitive damages* produziram efeitos contrários àqueles que em regra se atribuem ao instituto, podendo, dessa forma, representar estímulo para a produção de danos. “*This paper explores the deterrent effect of punitive damages. By contrast with most of the existing literature, we let capital investment - an important determinant of deterrence p be made in anticipation of liability. (...) More punishment can lead to less deterrence for a simple reason. Although firms might increase safety expenditures to reduce expected liabilities, they might also reduce the amount of wealth or capital they expose to those liabilities. Wealth reduction externalizes cost by truncating the set of liabilities and thereby blunts the incentive to invest in safety. In some cases this wealth reduction can produce a net decrease in deterrence as damages become more punitive. This is especially likely to be true when punitive damages are conditioned on a defendant’s*

Ao contrário do que possa parecer, no entanto, o debate entre Viscusi e Eisenberg não é sinal de que os autores apresentam pontos de vista tão dissidentes. No geral, ambos concordam que os *punitive damages* têm potencial para atingir os principais fins pretendidos pelo instituto, a saber, *punishment* (punição) e *deterrence* (prevenção). A discordância se dá quanto à existência ou não de elementos empíricos capazes de demonstrar se tais finalidades são atualmente atingidas. Ressalte-se que, mesmo apresentando sua posição contrária, Viscusi acredita que o motivo principal para que os *punitive damages* não atinjam plenamente o seus fins é a inadequação dos valores fixados por jûris e tribunais³⁸⁷.

A crença na potencial utilidade do instituto decorre substancialmente dos minuciosos estudos de análise econômica do direito (*law & economics*) que foram publicados por alguns dos mais importantes juristas e economistas do país, com o objetivo de explicar a forma adequada de utilização dos *punitive damages*, para que o instituto consiga atingir suas funções originárias. É um desses estudos, talvez o mais relevante deles, que será objeto do próximo subcapítulo.

2. SITUAÇÕES EM QUE OS *PUNITIVE DAMAGES* SE JUSTIFICAM E A SUA FORMA DE CÁLCULO

Certamente uma das maiores críticas enfrentadas pelos *punitive damages* diz respeito aos critérios para a fixação do seu *quantum*. Alega-se haver dificuldade para a definição de parâmetros claros que permitam a fixação do montante necessário para o atingimento das funções punitiva e preventiva atribuídas ao instituto.

É com o objetivo de responder à esta importante preocupação que estudiosos do ramo jurídico conhecido por análise econômica do direito (*law & economics*, nos países de língua inglesa) buscaram traduzir em expressões *quase* matemáticas os princípios que norteiam a disciplina dos *punitive damages*. Dentre os muitos trabalhos publicados com esse intuito, acredita-se que o mais relevante e bem sucedido tenha sido o estudo realizado por A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell³⁸⁸, professores responsáveis pelas cadeiras de *Law & Economics* de duas das mais respeitadas faculdades de direito dos Estados Unidos:

wealth” (BOYD, James; INGBERMAN, Daniel E. Do Punitive Damages Promote Deterrence? *International Review of Law and Economics*, Elsevier, v. 19 (1), mar. 1999. p. 48).

³⁸⁷ Cf. VISCUSI, W. Kip. The Challenge of Punitive Damages Mathematics. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 30, jun. 2001; e VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. Saving Lives Through Punitive Damages. *Southern California Law Review*, California, v. 83, n. 2, 2010.

³⁸⁸ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis.

Stanford Law School e *Harvard Law School*, respectivamente. O trabalho de Polinsky e Shavell, publicado em 1998, tem servido de base para o estudo da matéria e, desde então, “tem sido muito citado pela literatura de análise econômica do direito”³⁸⁹. É este estudo que servirá de base para a análise que será feita nos itens seguintes.

2.1. Uma visão objetiva do ponto de vista da Análise Econômica do Direito – A clássica análise de *Law & Economics* dos Professores Polinsky e Shavell.

O extremamente bem sucedido trabalho de Polinsky e Shavell tem por objetivo determinar (i) as circunstâncias em que seria adequada a imposição de *punitive damages* e (ii) o *quantum* dos referidos danos, para o atingimento do que chamam de ponto ótimo de *deterrence*³⁹⁰ (ou seja, o valor mínimo de *punitive damages* que seja capaz de induzir o resultado socialmente adequado³⁹¹). Evidentemente, e como bem lembra Guido Calabresi, a análise econômica do direito não dá respostas absolutas³⁹². Mas é igualmente certo que os parâmetros sugeridos por uma cuidadosa análise econômica dos *punitive damages* são fundamentais para orientar a aplicação consciente do instituto.

O estudo de Polinsky e Shavell parte da premissa de que os indivíduos são seres utilitaristas racionais que buscam, invariavelmente, a maximização de suas riquezas³⁹³. Por esse motivo, um indivíduo só irá realizar uma determinada atividade quando os benefícios marginais associados à referida atividade superarem seus custos marginais³⁹⁴. Conforme já

³⁸⁹ No original: “*ha sido muy citado por la literatura del análisis económico del derecho*” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 180).

³⁹⁰ Como já dito, *deterrence* pode ser vulgarmente traduzida por prevenção. No entanto, tendo em vista o conteúdo técnico da expressão – já devidamente explicado em item anterior – optamos por manter, pelo menos ao longo deste capítulo, a referência ao termo original, em inglês.

³⁹¹ Por resultado socialmente adequado deve-se entender o resultado que envolva o menor custo social possível, do ponto de vista estritamente econômico: p.ex. se a prevenção do dano for mais custosa do que a ocorrência do dano, então o resultado socialmente adequado será a ocorrência do dano.

³⁹² CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents*, pp. 18-20.

³⁹³ HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 178.

³⁹⁴ Para os fins deste trabalho benefícios marginais devem ser entendidos como os benefícios que um indivíduo obtém por se engajar em determinada atividade; custos marginais, por sua vez, devem ser entendidos como as despesas que recairão sobre o indivíduo como resultado do engajamento na referida atividade. Para um indivíduo utilitarista, tais custos e benefícios podem ser quantificados e equiparados como se fossem bens de qualidade equivalente. Tal indivíduo só se engajará em uma atividade se os benefícios extraídos daquela atividade forem maiores do que os custos a ela relacionados (p. ex. um indivíduo só irá a um estádio para assistir a uma partida de futebol se o prazer que esta atividade o trazer for maior do que a soma de custos como o valor do ingresso, o preço do estacionamento, o perigo de se envolver em uma briga de torcidas, o medo de sofrer um acidente de carro no percurso até o estádio, a possibilidade de chuva durante o jogo etc. Num sistema perfeito, o indivíduo tem informação completa para poder ponderar entre benefícios e custos e, diante disso, decidir se irá ou não realizar uma determinada atividade.

explicado anteriormente³⁹⁵, uma situação que atenda a esta lógica será considerada ótima, na medida em que se terá atingido o ponto de eficiência econômica³⁹⁶.

Traduzindo esta fórmula para o âmbito da responsabilidade civil, tem-se que um indivíduo só cometerá um ato ilícito se o benefício que lhe for proporcionado por tal ato superar o seu respectivo custo. Esta é a solução eficiente, do ponto de vista econômico. E, de acordo com a análise econômica do direito, tanto os sistemas de responsabilidade subjetiva como objetiva tendem a induzir esse tipo de resultado, desde que a indenização corresponda aos danos sofridos pela vítima (ou, em outras palavras, desde que respeitado o

³⁹⁵ Ver nota 88.

³⁹⁶ Quando definimos eficiência econômica na nota 88, acima, utilizamos o conceito de eficiência econômica de Pareto. Embora a *eficiência econômica de Pareto* tenha se mostrado suficiente àquela altura, ela apresenta importantes limitações que a tornam inadequadas para a análise do direito que será desenvolvida neste capítulo. Primeiramente, a *eficiência de Pareto* atinge apenas transações voluntárias (conforme explica Richard Posner: “*A Pareto-superior transaction (or ‘Pareto improvement’)* is one that makes at least one person better off and no one worse off. [...] In other words, the criterion of Pareto superiority is unanimity of all affected persons” (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Casebook Series. 8ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011. p. 17). Em segundo lugar, a *eficiência de Pareto* assume que as transações eficientes não produzem quaisquer impactos sobre terceiros, o que, sabe-se, é irreal.

Como ensinam Robert Cooter e Thomas Ulen: “*Dissatisfied with the Pareto criterion, economists developed the notion of a potential Pareto improvement (sometimes called Kaldor-Hicks efficiency). This is an attempt to surmount the restriction of the Pareto criterion that only those changes are recommended in which at least one person is made better off and no one is made worse off. That criterion requires that gainers explicitly compensate losers in any change. If there is not explicit payment, losers can veto any change. That is, every change must be by unanimous consent. This has clear disadvantages as a guide to public policy*” (COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 42).

Por tudo isso, adotamos em nosso trabalho o conceito de *eficiência econômica de Kaldor-Hicks* que, buscando corrigir as imprecisões de Pareto, define as *situações economicamente eficientes* como aquelas *situações em que, voluntaria ou involuntariamente, obtenha-se o máximo bem-estar social, de modo que os ganhos gerais superem as perdas possivelmente sofridas por alguns indivíduos*. O conceito, como visto, é mais realista e, por isso, muito mais útil para a análise de casos concretos. Dentre os benefícios deste conceito, ressaltamos o reconhecimento de que situações de eficiência econômica: (i) podem decorrer de atos não voluntários (por exemplo, de uma decisão judicial); (ii) podem ocorrer mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resulta na redução do bem-estar da outra, desde que seja possível a compensação de uma parte à outra (isso ocorrerá, por exemplo, quando o ganho de uma parte for maior do que o prejuízo da outra, mas essa transação não ocorre naturalmente); e (iii) podem ocorrer mesmo quando há prejuízos sofridos por terceiros (desde que tais prejuízos não superem os ganhos das partes envolvidas na transação).

A respeito da eficiência de Kaldor-Hicks, Richard Posner: “*A broader objection to the criterion of Pareto superiority is that it has few applications to the real world because most transactions (and if not a single transaction, then a series of like transactions) have effects on third parties, if only by changing the prices of other goods (how?) or by distressing observers (e.g., of gay marriage). (In what sense is such distress a “cost” in the economic sense?) In the less austere concept of efficiency mainly used in this book – called the Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization – if A values [a] wood carving at \$50 and B at \$120, so that at any price between \$50 and \$120 the transaction creates a total benefit of \$70 (at a price of \$100, for example, A considers himself \$50 better off and B considers himself \$20 better off), it is an efficient transaction, provided that the harm (if any) done to third parties (minus any benefit to them) does not exceed \$70. The transaction would not be Pareto superior unless A and B actually compensated the third parties for any harm suffered by them. The Kaldor-Hicks concept is also and suggestively called potential Pareto superiority: The winners could compensate the losers, whether or not they actually do. The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economics cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient*” (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, pp. 17-18).

princípio do *restitutio in integrum*)³⁹⁷. “Se os danos são medidos corretamente, refletem de maneira clara o valor compensatório ou dissuasório que a sociedade quer impor, [...] alcança-se o nível ótimo socialmente desejado de dissuasão”³⁹⁸. Esta é a regra geral, válida para um sistema sem desvios de qualquer natureza.

Baseados nessa lógica, Polinsky e Shavell apresentam a primeira conclusão de seu estudo: “se o réu será certamente responsabilizado pelo dano que ele causou, a extensão adequada da indenização será exatamente igual ao dano causado pelo réu”³⁹⁹. Uma indenização maior ou menor que o dano, nestas circunstâncias, apresentaria ao menos duas repercussões negativas: adoção de nível socialmente inadequado de prevenção⁴⁰⁰, adoção de nível inadequado de atividade⁴⁰¹.

A *contrario sensu*, Polinsky e Shavell deduzem a segunda, e mais importante, conclusão de seu estudo: “se o réu pode, em algumas situações, escapar da responsabilidade pelo dano que ele causou, a extensão adequada da indenização será igual ao dano causado pelo réu, multiplicado por um fator que reflita a probabilidade dele escapar do referido dever indenizatório”⁴⁰². A ideia do “fator de multiplicação” é fazer com que a decisão do agente de engajar-se (ou não) numa determinada atividade não seja influenciada pela possibilidade de que o referido agente não venha a ser obrigado a indenizar a vítima pelos danos eventualmente causados. Nas palavras de Polinsky e Shavell, “o uso deste multiplicador fará com que o réu pague, na média, pelo dano

³⁹⁷ SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 244.

³⁹⁸ No original: “En cambio, si los danos están medidos correctamente, reflejan de manera clara el valor compensatorio o disuasorio que la sociedad quiere administrar y se alcanza el nivel óptimo socialmente deseable de disuasión” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 178).

³⁹⁹ No original: “The central point that we want to explain here is that, if a defendant will definitely be found liable for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is equal to the harm the defendant has caused” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 878).

⁴⁰⁰ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 880.

⁴⁰¹ “For example, the more miles a person drives - his level of activity - the greater the number of accidents that he is likely to cause, whatever his level of care when he drives (...) [I]f damages are less than harm, parties will engage in activities to an excessive extent - that is, they will engage in activities even when the benefits are outweighed by the harms caused. Conversely, if damages exceed harm, parties may be led to curtail their activities to an inappropriate extent - to refrain from engaging in them even when the benefits exceed the harms caused” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 881-882).

⁴⁰² “The main point that we will develop in this section is that if a defendant can sometimes escape liability for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is the harm the defendant has caused, multiplied by a factor reflecting the probability of his escaping liability” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 887).

efetivamente causado e, portanto, conduzirá a comportamentos socialmente desejados em termos de prevenção e participação em atividades de risco”⁴⁰³.

O conceito se esclarece com um exemplo: imaginemos uma situação em que, em razão de dificuldade de comprovação da autoria de um determinado ato ilícito, seja possível prever que uma pessoa tenha uma probabilidade de 25%⁴⁰⁴ de ser condenada a pagar uma indenização de R\$100.000 à sua vítima. Para um indivíduo racional há, portanto, uma indenização esperada⁴⁰⁵ de R\$25.000 por acidente que ele venha a causar (R\$100.000 x 25%). Isso poderá levar o indivíduo a não adotar a medida socialmente adequada: se o indivíduo gastaria R\$30.000 para prevenir o dano, e a indenização esperada fosse de R\$100.000 (o que ocorreria se houvesse certeza de condenação), o indivíduo racional certamente adotaria as medidas preventivas. No entanto, diante dos 75% de chances de escapar da responsabilidade civil (elemento artificial, apenas existente por um defeito no sistema de responsabilidade civil), o indivíduo não adotará as medidas preventivas, porque elas seriam mais custosas do que a indenização esperada de R\$25.000. Para corrigir este defeito do sistema de responsabilidade civil, e atingir o nível ótimo de *deterrence*, Polinsky e Shavell sugerem que, nesse caso, a indenização seja ajustada por um fator de correção que traga a indenização esperada para o patamar adequado: aquele encontrado quando não há possibilidade de se escapar do dever de indenizar. Neste exemplo, para que a indenização esperada atinja o patamar adequado, é necessário que a indenização originária seja multiplicada por um fator de correção igual a 4 (R\$100.000 x 4), para que atinja o nível de R\$400.000. Deste modo, a indenização esperada passará a ser de R\$100.000 (R\$400.000 x 25%) e a *deterrence* ótima será atingida.

O fator de correção mencionado por Polinsky e Shavell é semelhante ao defendido, anos antes, por autores como William A. Landes, Richard A. Posner⁴⁰⁶ e Robert

⁴⁰³ No original: “*use of such a multiplier will make defendants pay on average for harm actually done and thus will lead to socially desirable behavior in terms of precautions and participation in risky activities*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 887-888).

⁴⁰⁴ Não cabe, ao menos por ora, uma discussão acerca da possibilidade fática de se determinar, com precisão, a probabilidade de que alguém seja condenado a indenizar outrem. A economia é sabidamente uma disciplina que trata com assunções para atingir seus resultados. Assumamos, portanto (e ao menos por ora), que a determinação da referida probabilidade é possível.

⁴⁰⁵ A noção de “indenização esperada” decorre da noção de “valor esperado”. Para um indivíduo racional, neutro a riscos, o valor esperado é igual ao valor do resultado, ponderado por sua respectiva probabilidade. Ou seja, tomando-se por base nosso exemplo, se existe a possibilidade de que, a cada quatro ilícitos, o agente tenha que pagar apenas uma vez a quantia de R\$100.000, para um indivíduo racional e neutro a riscos, isso quer dizer que, cada vez que cometer um ilícito, ele estará correndo o risco de pagar o valor de R\$25.000. A indenização esperada será, portanto, R\$25.000.

⁴⁰⁶ “*If so, optimal damages would be a multiple of the victim’s injury, in legal terms, punitive as distinct from merely compensatory damages would be awarded to the victim*” (POSNER, Richard A.; LANDES, Williams A. *The economic structure of tort law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987. p. 160).

D. Cooter⁴⁰⁷. Embora diverjam levemente quanto à conceituação do referido fator, todos concordam tratar-se de um relevante índice para majoração da indenização, que tem por objetivo neutralizar os efeitos de uma importante falha do sistema de responsabilidade civil: a possibilidade de que o autor do dano não seja responsabilizado pelo dano causado, ou, em outras palavras, a possibilidade de que o autor do dano possa escapar do dever de indenizar. Polinsky e Shavell chamam este fator de “multiplicador de *punitive damages*”⁴⁰⁸, pois o valor *artificialmente* majorado da indenização seria o valor a ser pago a título de *punitive damages*⁴⁰⁹. Os autores definem o multiplicador de *punitive damages* da seguinte forma: “a razão entre a probabilidade do autor do dano de escapar do dever de indenizar e a sua probabilidade de ser responsabilizado”⁴¹⁰.

Polinsky e Shavell indicam haver três razões para que um indivíduo escape do dever de indenizar: (i) é possível que a vítima encontre dificuldade em estabelecer o nexo de causalidade entre o dano por ela sofrido e uma conduta de terceiros⁴¹¹; (ii) mesmo se a vítima souber que seu dano foi causado por terceiros, é possível que ela tenha dificuldade de comprovar a autoria do dano⁴¹²; e (iii) mesmo podendo identificar o autor do dano, é possível que a vítima decida não buscar a sua responsabilização⁴¹³. Em todos esses casos, a aplicação de *punitive damages* seria necessária para o atingimento do nível ótimo de *deterrence*.

⁴⁰⁷ “Violation of the legal standard is profitable in the absence of punitive damages because enforcement errors reduce the injurer’s expected liability below the social cost of the harm caused by violating the legal standard. To align expected liability and social costs, and to make conforming to the legal standard the least-cost alternative, the punitive multiple should be set equal to the reciprocal of the enforcement error” (COOTER, Robert D. Punitive Damages for Deterrence: When and How Much. *Alabama Law Review*, Alabama, v. 40, 1988-1989. pp. 1192-1193).

⁴⁰⁸ No original: “*punitive damages multiplier*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 890).

⁴⁰⁹ “We will refer to the excess of total damages over compensatory damages as punitive damages. Thus, the optimal level of punitive damages from the perspective of deterrence is the level of total damages determined by the formula, less compensatory damages. If an injurer has a one-in-four chance of being found liable for causing a \$100,000 harm, the formula implies that total damages should be \$400,000. Because \$100,000 of this total represents compensatory damages, the \$300,000 remainder is the optimal amount of punitive damages” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 890).

⁴¹⁰ No original: “the ratio of the injurer’s chance of escaping liability to his chance of being found liable” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 890).

⁴¹¹ Os autores dão como exemplo a dificuldade de uma pessoa que sofre de câncer de pulmão de definir se desenvolveu a doença naturalmente ou se ela decorreu de exposição a gás cancerígeno emitido por alguma empresa (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 888).

⁴¹² O exemplo, aqui, seria da vítima que encontra seu carro batido na rua, mas não tem qualquer pista sobre quem teria sido o responsável pela colisão. A vítima sabe que o dano foi causado por alguém, mas não tem como provar quem (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 888).

⁴¹³ Isso ocorrerá quando a vítima não encontrar incentivos suficientes para ajuizar a demanda: ou seu dano é muito pequeno a justificar uma demanda, ou há dificuldade de prova (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 888).

A visão de *punitive damages* apresentada por Polinsky e Shavell, contudo, distancia-se bastante da visão tradicional do instituto. Na visão dos autores, o instituto não traz necessariamente consigo a ideia de punição nem qualquer caráter ético-moral. Indivíduos não devem ser condenados em *punitive damages* porque se engajaram em condutas particularmente reprováveis, mas sim porque utilizaram-se de uma falha do sistema jurídico para realizar condutas inadequadas do ponto de vista econômico-social⁴¹⁴. Por esse motivo, a conclusão dos autores com relação aos critérios para a fixação do *quantum* adequado para os *punitive damages* é tão simples quanto parece: o único fator que deve ser levado em consideração é a já mencionada possibilidade de escapar do dever de indenizar, o que deve ser feito mediante recurso ao fator multiplicador de *punitive damages*. Argumentam os autores que as cortes erram quando consideram, para a fixação do valor dos *punitive damages*, “uma variedade de fatores que, em geral, não são relevantes para os fins de *deterrence*, incluindo a reprovabilidade da conduta do réu e a condição econômica do réu”⁴¹⁵. O legislador também estaria errado ao definir limites máximos para os *punitive damages*, pois tais limites poderiam ser insuficientes para, no caso concreto, permitir a fixação de indenização ótima⁴¹⁶.

2.2. Abordagem particular dos *punitive damages* nos casos de condutas socialmente ilícitas: uma importante abertura subjetivista na rigorosa análise econômica de Polinsky e Shavell

Embora sustentem uma rigorosa objetividade na análise dos *punitive damages* como instrumento necessário, em muitos casos, para o atingimento do nível ótimo de *deterrence*, Polinsky e Shavell deixam uma importante abertura subjetivista em seu sistema: será possível a aplicação de *punitive damages* para prevenir condutas que proporcionem ao seu autor benefícios socialmente ilícitos⁴¹⁷. “Benefícios tendem a ser tratados como socialmente ilícitos quando o benefício gozado pelo ofensor deriva do próprio ato de causar o dano, como quando uma pessoa agride outra por mera maldade ou

⁴¹⁴ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 891.

⁴¹⁵ No original: “Not only do courts usually fail to consider correctly the factors that are relevant to proper deterrence, but they also err in considering a variety of factors that generally are not relevant to deterrence, including the reprehensibility of defendants’ conduct and defendants’ wealth” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 900).

⁴¹⁶ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 900.

⁴¹⁷ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 905.

difama outrem para vê-lo sofrer. O ofensor beneficia-se *porque* a vítima sofreu um dano⁴¹⁸. Trata-se de situação que não gera qualquer ganho social⁴¹⁹⁴²⁰.

As situações capazes de gerar benefícios socialmente ilícitos são frequentemente decorrentes de condutas reprováveis e indignas, razão pela qual, embora os autores defendam que seus estudos não apontem qualquer viés ético-moralizante, o sistema proposto por Polinsky e Shavell termina por prestigiar a prevenção de danos decorrentes de condutas ultrajantes e dignas de repúdio. A justificativa apresentada pelos autores, de fato, busca não se amparar em um argumento ético-moral, focando-se, ao contrário, numa lógica econômica: considerando que (i) os benefícios auferidos por tais ofensores podem ser muito superiores aos danos sofridos por suas vítimas; e (ii) tais benefícios, por serem socialmente ilícitos, não representam qualquer ganho social, então (iii) o nível ótimo de *deterrence* tende a não ser alcançado com a mera compensação do dano, sendo necessária a imposição de *punitive damages*⁴²¹, mesmo quando não há qualquer chance de que o ofensor escape do dever de indenizar.

Embora os autores não reconheçam, parece-nos evidente que a noção de *benefícios socialmente ilícitos* traz consigo uma importante carga de valoração ético-moral. Como dissemos, serão ilícitos os benefícios que não representarem qualquer ganho à

⁴¹⁸ No original: “When are the benefits from harmful conduct likely to be considered socially illicit? We suggest that benefits tend to be treated as illicit when the injurer’s utility derives from causing harm itself, as when a person punches another out of spite or defames another to see him suffer. The injurer benefits because the victim suffers harm” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 909).

⁴¹⁹ A posição é compartilhada por Dorsey Ellis Jr.: “Punitive damages can be shown to promote efficient levels of deterrence only in those cases where expected liability for compensatory damages is less than expected harm to society or where harm is deliberately caused and the satisfaction obtained by the actor is ‘illicit’” (ELLIS JR., Dorsey D. *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, p. 77). O autor ainda afirma que: “There also may be a few situations involving malicious or reckless conduct where compensatory damages would be less than the actual loss. These situations are limited to cases where failure to assess more than compensatory damages would lead either to a general sense of insecurity or to breaches of the peace. Finally, in cases where a malicious actor’s subjective cost of avoidance exceeds the cost of avoidance recognized by the law, punitive damages appear to promote an efficient level of deterrence. A positive analysis alone, however, does not lead to that conclusion. One must first stipulate that the satisfaction the actor obtains from injuring another is not to be counted in comparing the cost of avoidance with the expected loss. Given that stipulation, the expected loss may exceed the legitimate cost of avoidance. Punitive damages further the goal of efficiently deterring malicious and reckless conduct by raising expected damage liability above the actor’s subjective, but illegitimate, appraisal of the cost of avoidance” (Ibidem, p. 33).

⁴²⁰ Os autores defendem que, “because the goal of corporations is to make a profit, rather than to cause harm to others, their gains presumably do count in social welfare” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 910).

⁴²¹ Isso porque, como já se falou, os indivíduos, numa visão utilitarista, não se engajarão em uma determinada atividade apenas se seus benefícios marginais forem menores que seus custos marginais. Nesse caso, assumindo-se que o nível ótimo de *deterrence* seria a completa eliminação de condutas que proporcionem benefícios socialmente ilícitos, os *punitive damages* terão o objetivo de fazer com que a soma *punitive damages* + danos efetivamente sofridos pela vítima supere os benefícios ilícitos auferidos pelo causador do dano, em valor tão alto quanto necessário para se atingir um nível adequado de *deterrence*.

sociedade, ou seja, aquelas condutas que possuem utilidade apenas para o autor do dano, mas encontram repúdio social intenso. Tão intenso que sequer são dignas de representar qualquer ínfimo ganho para a sociedade. Tratam-se, como sugerem Polinsky e Shavell⁴²², do ato torpe de encontrar prazer no sofrimento alheio.

Parece-nos, assim, extremamente subjetiva a classificação de determinado ato como passível ou não de produzir um ganho social. E tal subjetivismo não é exercido senão mediante um raciocínio de cunho claramente ético-moral, ainda que ponderado por uma rígida lógica econômica. Serão considerados benefícios socialmente ilícitos, portanto, aqueles que decorrerem de condutas particularmente imorais, antiéticas, afrontosas à condição humana, e que, por esse motivo, são duramente repudiadas pela sociedade.

A lógica econômica que permeia o instituto, contudo, não permite classificar como socialmente ilícitos alguns benefícios que, em uma análise puramente jurídica, seriam certamente classificados como tal. Como destacam Polinsky e Shavell, “muitos atos que são reprováveis não parecem estar associados com uma utilidade socialmente ilícita; eles não são realizados com maldade”⁴²³. Parece-nos que, ao condicionarem a aplicação dos *punitive damages* aos casos em que há intenção deliberada de causar danos a outrem⁴²⁴, aproximam-se, os autores, de um requisito de dolo (ou, quem sabe em alguns casos, até mesmo culpa gravíssima) para a concessão da indenização majorada.

2.3. Críticas e estudos que colocam em teste a teoria de Polinsky e Shavell

A importância do trabalho de Polinsky e Shavell é tamanha que o artigo publicado pela dupla foi objeto de críticas e estudos complementares por um sem número de autores que os sucederam. Dentre os inúmeros trabalhos que tiverem por objetivo comentar as conclusões e propostas de Polinsky e Shavell merecem destaque os artigos publicados pelos seguintes autores: (i) Keith Hylton; (ii) Richard Craswell; e (iii) W. Kip Viscusi e Joni Hersch; além dos estudos empíricos conduzidos por (iv) Sunstein, Schkade e Kahneman; e (iv) W. Kip Viscusi.

⁴²² POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 911.

⁴²³ No original: “*But many acts that are reprehensible do not seem to be associated with socially illicit utility; they are not undertaken with malice. Consider a person who drives at 60 miles per hour through a residential area in order to arrive at work on time and causes a fatal accident. We would call this act reprehensible because of the driver's wanton disregard for the safety of others. Yet because the purpose of the act is not to cause harm, but rather to arrive at work on time, a perfectly legitimate objective, it does not appear that the utility from the act would be classified as socially illicit*” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 909).

⁴²⁴ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 909.

2.3.1. O estudo de Keith Hylton

A primeira crítica incisiva ao trabalho de Polinsky e Shavell foi feita por Keith Hylton, professor de *Law & Economics* da *Boston University School of Law*, no mesmo ano de 1998, por meio do artigo *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*⁴²⁵. Neste artigo, Hylton argumenta que o sistema proposto por Polinsky e Shavell seria falho por fundamentar-se nos modelos de análise econômica da responsabilidade civil. Na visão de Hylton, contudo, os *punitive damages* teriam sido “desenhados para punir, ao invés de compensar”⁴²⁶, motivo pelo qual seria mais indicado pautar seu estudo nos modelos de análise econômica da pena (direito penal).

Hylton sustenta que o sistema proposto por Polinsky e Shavell não se sustentaria especialmente por dois problemas: (i) a imprecisão (e, até mesmo, inutilidade) do conceito de *probabilidade de não sujeição ao dever de indenizar*; e (ii) a imprecisão e subjetividade do conceito de *benefícios socialmente ilícitos*. Em primeiro lugar, Hylton argumenta que o efetivo cálculo da *probabilidade de não sujeição ao dever de indenizar* beiraria ao impossível⁴²⁷, o que, por si só, já seria capaz de invalidar o sistema: um eventual equívoco do juiz (ou júri) com relação à probabilidade de detecção do ilícito poderia resultar em grau inadequado de prevenção (*under* ou *overdeterrence*)⁴²⁸. Em segundo lugar, Hylton contesta o conceito de *benefícios socialmente ilícitos*, por entender tratar-se de conceito extremamente aberto, impreciso e sujeito a subjetivismos, o que traria insegurança ao sistema⁴²⁹.

⁴²⁵ HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

⁴²⁶ No original: “Given that punitive awards are designed to punish, rather than compensate, however, the theoretical literature on punishment arguably offers a better source of insight on punitive damage awards” (HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, p. 425).

⁴²⁷ Aqui, retomamos o comentário que havíamos deixado em aberto na nota 404 acima, acerca da possibilidade real de calcular a probabilidade de não sujeição ao dever de indenizar.

⁴²⁸ “Let us start by noting a fundamental problem with the Polinsky and Shavell recommendation: it requires courts to arrive at a roughly correct determination of the probability of liability because an estimate that is too low will lead to overdeterrence and an estimate that is too high will lead to underdeterrence. Needless to say, obtaining an accurate estimate of the probability of liability is difficult. To this point, I have used the term ‘probability of liability’ largely to facilitate comparison between the recommendations of this framework and that of Polinsky and Shavell. However, serious difficulties arise as soon as one tries to determine a method of estimating the probability of liability” (HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, p. 460).

⁴²⁹ “The creation of a category of illicit preferences is troubling on many grounds. First, as already mentioned, there is no rigorous theoretical basis for this category of preferences. There are preferences and there are ways of satisfying preferences. The category of illicit preferences seems to confuse, or lump together, these two distinct notions by taking certain illegal or socially undesirable methods of satisfying preferences as signs of the existence of illicit preferences. However, because we never observe preferences,

Diante dessas imperfeições, Hylton propõe um sistema alternativo, que visa o atingimento do nível ótimo de *deterrence* por meio do confronto entre os ganhos do ofensor e as perdas da vítima: assim, “se o ganho auferido pelo ofensor for maior do que a perda suportada pela vítima, os *punitive damages* deverão ter o objetivo de internalizar a perda da vítima; se o ganho auferido pelo ofensor for menor ou igual à perda suportada pela vítima, os *punitive damages* deverão ter o objetivo de eliminar a possibilidade de ganho pelo ofensor”⁴³⁰.

Se “o ganho do ofensor for menor do que a perda da vítima, a sociedade não tem qualquer interesse em permitir que tal conduta do ofensor ocorra”⁴³¹⁴³². Os *punitive damages* serão, neste caso, tão altos quanto necessário para que se consiga o melhor nível de *deterrence* possível (até mesmo com a completa eliminação da referida conduta). Por outro lado, se o ganho do ofensor for maior que a perda da vítima, tais prejuízos devem ser internalizados pelo sistema. Nas palavras de Hylton, “o bem estar social é maximizado por um sistema que não reprima aqueles ofensores cujos ganhos auferidos superem as perdas suportadas por suas vítimas, desde que eles sejam obrigados a pagar pela integralidade do custo social de suas condutas”⁴³³. Neste caso o valor dos *punitive damages* deve ser o

we can never be sure that this is true. The equally plausible alternative is that the offender's preferences are really no different than those of non-offenders, but that the offender has adopted a method of satisfying his preferences that we find objectionable. A second problem with the category of illicit preferences is that it fails to suggest its own boundaries. It is easy to point to certain acts that all of us would consider abominable and that indicate preferences that we would readily find socially illicit. But what prevents the category of illicit preferences from expanding to include also the preference for, say, double-parking or jay-walking? If the category can be expanded so easily, what prevents the harsh punishments appropriate in the easy cases of illicit preferences from being transferred to the more contestable cases? There is no theory that suggests an organic boundary to the category of illicit preferences” (HYLTON, Keith. Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, p. 466).

⁴³⁰ No original: “*I argue that the limit suggested by Polinsky and Shavell is inappropriate in most punitive damages cases. I propose an alternative approach that incorporates the Polinsky and Shavell framework in certain cases, but that also indicates why it should not be followed in many, if not most, punitive damages cases. In simplest terms, the rule that I propose is as follows: If the offender's gain is probably greater than the victim's loss, then the punitive award should aim to internalize victim losses; if the offender's gain is probably less than or equal to the victim's loss, then the punitive award should aim to eliminate the prospect of gain on the part of the offender. This latter case is important, because when the offender's gain is less than or equal to the victim's loss, there is no sound economic argument for limiting damages on deterrence grounds. The goal of punishment should be complete deterrence*” (HYLTON, Keith. Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, p. 423).

⁴³¹ No original: “*When offender gains are less than victim losses, society has no interest in permitting the offensive activity to occur, at any level*” (HYLTON, Keith. Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, p. 431).

⁴³² Um exemplo categórico seria um caso de latrocínio: para se apropriar de uma determinada quantia em dinheiro (ganho do ofensor), um indivíduo tira a vida de outrem (perda da vítima). Há, nitidamente, um ganho do ofensor muito inferior à perda da vítima. Via de regra, no entanto, esta lógica se aplicaria a todas as condutas culpáveis amplamente repudiadas pelo direito.

⁴³³ No original: “*The argument for setting the penalty at the level that internalizes social costs is clear: social welfare is maximized by a scheme that does not deter those offenders whose gain exceeds the losses of their*

mínimo necessário para a correta internalização dos custos sociais decorrentes da conduta do ofensor”⁴³⁴.

2.3.2. O estudo de Richard Craswell

Dando continuidade aos estudos de Polinsky e Shavell, Richard Craswell, professor do departamento de *Law & Economics* da *Stanford Law School*, publicou, em 1999, estudo intitulado *The Multiplier Principle and Its Alternatives*, propondo e analisando alternativas ao já mencionado “multiplicador de *punitive damages*”⁴³⁵. Embora represente uma crítica positiva ao estudo realizado por Polinsky e Shavell, o artigo de Richard Craswell ganhou destaque por seu valioso aspecto analítico-pragmático.

Craswell explica que o multiplicador proposto por Polinsky e Shavell, bem como pela esmagadora maioria dos analistas econômicos do direito, embora possua demonstrada eficácia teórica, apresenta imensa dificuldade no plano prático: tais autores tratam de um multiplicador a ser identificado *caso-a-caso*, sujeito à discricionariedade e ao juízo de razoabilidade do juiz (ou do júri, no caso dos Estados Unidos). O recurso a um multiplicador atrelado ao caso concreto, totalmente individualizado, contudo, é extremamente complicado e, por isso, não encontra lugar no plano prático⁴³⁶.

O autor propõe, assim, uma análise mais aprofundada da adequação e conveniência daquilo que chama de “multiplicador constante”: um fator de multiplicação, padrão para aplicação generalizada a todos os réus responsáveis por um determinado tipo de conduta ou de dano. Craswell constata ser esse o padrão já utilizado, por sua

victims, as long as they are required to pay the full social costs of their conduct” (HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, p. 433).

⁴³⁴ É valioso o exemplo fornecido por Hylton, para explicar sua lógica: “For example, suppose there are several thieves, and half of them is willing to pay \$2000 for a bicycle, while the other half is willing to pay only \$300 for a bicycle. Suppose the probability of being apprehended and punished is 50%, and suppose the bicycle they are planning to steal is worth \$500. Because the expected penalty to the thief is only 50% of the actual level of the penalty, the loss-internalizing fine is \$1000 (\$500 divided by 50%)” (HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, pp. 433-434). Nesse caso, tratando-se de sistema de responsabilidade civil, estar-se-ia a falar em \$500 por danos materiais e \$500 a título de *punitive damages*.

⁴³⁵ CRASWELL, Richard. *The Multiplier Principle and Its Alternatives*. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 97, 1999.

⁴³⁶ “Significantly, few legal regimes follow the traditional multiplier in this respect, for few (if any) use multipliers that are calculated case-by-case. Often no multiplier is used and only compensatory damages are awarded, as in most civil suits under the common law. When the law does use a multiplier, it is often set at a single value that is the same for all defendants, as in the treble damage rule of antitrust law. And when criminal or administrative penalties are used, it is common to set a single fine for all violations of a certain type (e.g., \$100 for failing to stop at a stop sign), regardless of either the harm caused or the probability of punishment. Obviously, none of these systems of punishment satisfies the traditional, case-by-case multiplier principle” (CRASWELL, Richard. *The Multiplier Principle and Its Alternatives*, p. 2.188).

simplicidade, pela maioria dos regimes jurídicos existentes (por meio, por exemplo, de multas padronizadas e de fatores de multiplicação *standard* para a aplicação de *punitive damages*)⁴³⁷. É diante dessa constatação que o autor busca, sem apresentar um resultado definitivo, avaliar as eventuais condições para que tal sistema seja capaz de atingir o nível ótimo de *deterrence*.

2.3.3. O estudo de Viscusi e Hersch

Em recentíssimo estudo⁴³⁸, publicado em 2010, W. Kip Viscusi e Joni Hersch, ilustres professores de *Law & Economics* da *Vanderbilt Law School*, argumentam que a regra planificada proposta por Polinsky e Shavell para o cálculo dos *punitive damages* interfere negativamente no potencial preventivo do instituto⁴³⁹. De acordo com os autores, “o critério para fixação dos *punitive damages* em casos de danos à pessoa deve ser diferente do critério utilizado no cálculo de danos à propriedade”⁴⁴⁰.

Os autores argumentam que a indenização de danos à propriedade envolve, substancialmente, compensação por danos puramente econômicos, enquanto a reparação de danos à pessoa compreende a reparação de danos econômicos e danos não econômicos⁴⁴¹. No caso de danos à pessoa, o cálculo da indenização deve incluir os prejuízos financeiros (que, no Brasil, chamaríamos de danos materiais: danos emergentes e

⁴³⁷ “As noted in the introduction, most legal systems do not use multipliers that are calculated case by case. Instead, they use multipliers set at the same level for all defendants, or fines set at the same level for all defendants, or compensatory damages with no multipliers at all. Accordingly, it is important to understand how penalties should be set to achieve optimal deterrence under each of these alternative approaches - and how those penalties would differ from the more familiar, case-by-case multiplier principle” (CRASWELL, Richard. *The Multiplier Principle and Its Alternatives*, p. 2.198).

⁴³⁸ VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. *Saving Lives Through Punitive Damages*.

⁴³⁹ “Similarly, A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell seek to use the same punitive damages formula for property damage and bodily injury cases, which leads them to propose that compensatory damages should equal the VSL for wrongful death cases, irrespective of whether punitive damages are warranted. (...) Under Polinsky and Shavell’s proposal, if the probability of detection is 1.0, then in a wrongful death case there is no rationale for punitive damages from a deterrence standpoint because their proposal always sets compensatory damages to equal the VSL” (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. *Saving Lives Through Punitive Damages*, p. 231).

⁴⁴⁰ No original: “The criteria for evaluating punitive damages in bodily injury cases should be different from the criteria used in property damage cases” (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. *Saving Lives Through Punitive Damages*, p. 229).

⁴⁴¹ “Compensatory damages consist of compensation for financial loss, often referred to as economic damages, and compensation for noneconomic losses such as pain and suffering and mental distress. The thrust of our argument with respect to compensatory damages for wrongful death is that such damages are targeted at the loss suffered by the survivors, such as lost earnings, medical expenses, and grief. These are the types of loss that the deceased would have valued from the standpoint of insurance. This compensation level, however, will fall short of a ‘make whole’ amount. It is the inadequacy of financial payments to fully compensate for noneconomic harms that will be the main factor that distinguishes cases involving only property damage from those involving bodily injury” (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. *Saving Lives Through Punitive Damages*, p. 238).

lucros cessantes) e os danos de natureza não econômicas⁴⁴² (danos morais, no Brasil), representados pelo chamado *valor estatístico da vida* (“*value of statistical life*”, conhecido, entre os economistas, pelas siglas VEV, no Brasil, ou VSL, nos Estados Unidos⁴⁴³).

Polinsky e Shavell defendem que, mesmo em casos de danos à pessoa, danos materiais e VEV devem ser incluídos no cálculo da indenização compensatória (*compensatory damages*), de forma que só será cabível a aplicação de *punitive damages* se houver probabilidade de não sujeição do ofensor ao dever de indenizar (tal como previsto na regra geral). Embora reconheçam que, na prática, os danos morais são muitas vezes fixados em valor equivocadamente baixo, Polinsky e Shavell refutam a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* para ajustar o *quantum* da indenização compensatória. “Se a indenização compensatória estiver muito baixa em casos de danos à pessoa, ela deve ser devidamente elevada. Os *punitive damages* não devem ser impostos para corrigir a inadequação da indenização compensatória”⁴⁴⁴.

Viscusi e Hersch sustentam, de forma divergente, que, nos casos de danos à pessoa, apenas os danos materiais devem ser incluídos no cálculo indenização compensatória. Os danos morais, calculados com base no VEV, deverão servir de base para a fixação de *punitive damages*⁴⁴⁵. Apesar do aparente equívoco conceitual (por serem os danos morais conceitualmente distintos dos *punitive damages*), argumentam, os autores, que tal interpretação traria melhores resultados em termos de *deterrence*, tanto por suas implicações na questão da securitização de danos, quanto pela exemplaridade e pedagogia inerentes ao instituto dos *punitive damages*.

A discussão proposta por Viscusi e Hersch relembra - com suas peculiaridades, evidentemente - as discussões vividas no Brasil e em diversos países de tradição romano-

⁴⁴² “While the VSL is a sound economic approach to establishing incentives for deterrence, it is not an appropriate approach for setting compensatory damages. Applying the VSL to establish the noneconomic damages component of compensatory damages, or the loss of enjoyment of life, has come to be known as the ‘hedonic damages value’ (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. Saving Lives Through Punitive Damages, p. 240).

⁴⁴³ “The economic approach to valuing risks of death yields a dollar value known as the ‘value of statistical life,’ sometimes called the ‘value of life.’ The VSL is the rate of tradeoff between money and small risks of death. Government agencies use this approach to value the reductions in mortality risk associated with government regulations. To illustrate the VSL concept, consider the following example. Suppose a worker is willing to accept a fatality risk of 1/10,000 in return for an annual wage compensation of \$900. The VSL, or the value per unit risk, is \$900 divided by 1/10,000, or \$9 million. Viewed somewhat differently, if 10,000 workers were each exposed to a 1/10,000 risk of death and each required \$900 in compensation to face this risk, there would be a total of \$9 million in compensation paid for the one expected, or statistical, death. By the same token, these workers would be willing to pay \$900 for a fatality risk reduction of 1/10,000. Thus, the buying price and selling price for changes in risk are the same for very small changes in risk” (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. Saving Lives Through Punitive Damages, pp. 233-34).

⁴⁴⁴ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 942.

⁴⁴⁵ VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. Saving Lives Through Punitive Damages, p. 262.

germânica durante o período de consolidação dos danos morais como dano autônomo e plenamente indenizável. Embora não afirmem isso categoricamente, os autores, que diferenciam a todo o tempo os danos ao patrimônio dos danos à pessoa⁴⁴⁶, parecem desconfortáveis com a possibilidade (ou, talvez, com os efeitos) de compensação do dano moral e, diante disso, aproximam tais danos do instituto dos *punitive damages*⁴⁴⁷.

2.3.4. O estudo empírico de Sunstein, Schkade e Kahneman

O primeiro estudo empírico relevante que teve por escopo testar as premissas defendidas por Polinsky e Shavell foi publicado em 1999, por Cass R. Sunstein, David A. Schkade e Daniel Kahneman, respectivamente professores de *Behavioral Law & Economics* na *Harvard Law School*, *Management & Strategy* na *UC San Diego School of Management* e *Psychology & Public Affairs* na *Princeton University*. Em seu artigo *Do People Want Optimal Deterrence?*⁴⁴⁸, os autores buscam identificar se os princípios econômicos defendidos por Polinsky e Shavell seriam aplicados espontaneamente por indivíduos comuns, não economistas. A ideia, com isso, seria descobrir se o instinto natural humano, diante de hipóteses de aplicação de *punitive damages*, levaria à *deterrence* ótima⁴⁴⁹ advogada pelos economistas.

O estudo foi dividido em duas partes: (i) a primeira, realizada com cidadãos leigos em direito e economia, com o objetivo de identificar se, chamadas a decidir um caso de

⁴⁴⁶ “Quite simply, property loss cases and wrongful death cases are not symmetric and require different *punitive damages formulations*” (VISCUSI, W. Kip; HERSCH, Joni. *Saving Lives Through Punitive Damages*, p. 262).

⁴⁴⁷ Vale frisar, uma vez mais, que os autores não fazem tal asserção a qualquer momento, e em nenhum contexto. Nosso comentário é apenas no sentido de que a intensa busca dos autores por elementos que distanciem os “danos à pessoa” dos “danos ao patrimônio” parece indicar um certo desconforto quanto à qualificação dos danos morais como espécie de *compensatory damages*. Tal desconforto parece ainda maior quando se está a falar de dano moral decorrente de dor, sofrimento, aos quais os autores constantemente se referem como danos que não comportam recomposição ou indenização plena. É bem verdade, contudo, que o estudo em questão não trata genericamente dos danos morais, mas sim de um dano específico: o dano decorrente de morte (*wrongful death*).

⁴⁴⁸ O artigo foi inicialmente publicado em periódico da *Chicago University Law School* (SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David A.; KAHNEMAN, Daniel. *Do People Want Optimal Deterrence?*. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 77, jun. 1999) e posteriormente replicado, de forma mais simplificada, em capítulo do livro *Punitive Damages: How Juries Decide* (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, pp. 132-141).

⁴⁴⁹ Lembrando-se que a *deterrence* ótima, tal qual já explicado algumas vezes ao longo deste trabalho, diz respeito à situação em que o sistema de responsabilidade civil é capaz de promover a conduta socialmente adequada, qual seja, aquela que resultará no máximo ganho social. Como explicado por Polinsky e Shavell, a *deterrence* ótima ocorrerá: (a) com a mera compensação do dano, quando a probabilidade de detecção do ilícito for igual a 100%; ou (b) com a compensação do dano, somada à aplicação de *punitive damages* calculados em função do multiplicador de *punitive damages*, quando a probabilidade de detecção do dano for inferior a 100%.

aplicação de *punitive damages*, tais pessoas levariam em conta a possibilidade de detecção do ilícito (ou, como temos traduzido até agora, a *probabilidade de não sujeição do ofensor ao dever de indenizar*) como critério para o cálculo dos *punitive damages*; e (ii) a segunda, realizada com cidadãos instruídos em *law & economics*⁴⁵⁰, com o objetivo de descobrir se pessoas que possuem conhecimento técnico utilizam a noção de *deterrence* ótima quando defrontadas com um caso prático de aplicação dos *punitive damages*.

No primeira parte, cidadãos comuns foram chamados a analisar três casos distintos e decidir o valor adequado (em dólares) de *punitive damages* em cada um deles. A única diferença substancial entre os três casos, além da natureza dos fatos que davam origem ao pedido indenizatório, era a possibilidade de detecção do ilícito. Nos três casos os danos materiais e morais somavam US\$200 mil e as empresas causadoras do dano tinham o mesmo porte (receita anual de US\$150 milhões). A possibilidade de detecção do ilícito, no entanto, variavam: no primeiro, a probabilidade de detecção era de 1 em 100; no segundo, de 1 em 10; e no terceiro, de 1 em 5.

Caso os indivíduos pesquisados respondessem de acordo com a lógica econômica proposta por Polinsky e Shavell, o resultado deveria apresentar uma progressão no valor dos *punitive damages* diretamente proporcional à redução da probabilidade de detecção do ilícito. A lógica intuitiva dos pesquisados, no entanto, mostrou-se completamente diferente. De acordo com os autores, “o resultado básico foi ao mesmo tempo surpreendente e simples”⁴⁵¹. Mesmo alertando os indivíduos para as significativas diferenças quanto à probabilidade de detecção do ilícito em cada um dos casos, os valores de *punitive damages* atribuídos pelos pesquisados não apresentaram qualquer variação relevante que pudesse ser associada àquele fato. Ao contrário, a mínima variação identificada com relação à probabilidade de detecção do ilícito (desprezível estatisticamente) acontece em sentido contrário: quanto maior a possibilidade de detecção, maior o valor dos *punitive damages*⁴⁵².

⁴⁵⁰ Foram utilizados alunos de direito, do segundo e terceiro anos, da *University of Chicago Law School*, escola reconhecida internacionalmente pelo ensino de *Law & Economics*, e que tem em seu corpo de professores algumas das maiores autoridades no tema: Ronald Coase, Gary Becker (ganhadores do Prêmio Nobel de Economia, nos anos de 1991 e 1992, respectivamente, por seus estudos de *Law & Economics*), Richard Posner, dentre outros. De acordo com os autores do estudo, as matérias básicas de *Law & Economics*, que tratam das noções gerais de *deterrence*, são ministradas no primeiro ano de faculdade.

⁴⁵¹ No original: “*The basic result was both striking and simple*” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 137).

⁴⁵² SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 136.

Os resultados apresentados por este primeiro estudo, realizado apenas com leigos, levaram os pesquisadores a acreditar que: “(1) chamar explicitamente a atenção das pessoas à baixa probabilidade de detecção de um ilícito não produz, por si só, condenações maiores ou materialmente diferentes; e (2) o nível ótimo de *deterrence* não é, naquela importante medida, promovido pelo julgamento espontâneo dos indivíduos acerca da punição adequada”⁴⁵³. Parece evidente que, intuitivamente, ou (a) os indivíduos associam a aplicação dos *punitive damages* a outros fatores, que não a probabilidade de detecção de ilícitos; ou (b) os indivíduos não buscam a promoção da *deterrence* ótima, mas sim de um outro nível de *deterrence*; ou ainda (c) as conclusões anteriores atuam em conjunto.

Na segunda parte do estudo, os pesquisadores apresentaram a 84 alunos de direito uma decisão judicial acerca de um suposto caso de acidente de trabalho em que, apesar do comportamento extremamente negligente do empregador, o juiz teria rejeitado o pedido de *punitive damages*, ao argumento de que “não havia basicamente qualquer chance de que Johnson [o empregado] não buscasse indenização, motivo pelo qual não haveria razão para a imposição de *punitive damages* neste caso”⁴⁵⁴. Diante desse caso, solicitou-se aos alunos que, assumindo o acerto da decisão quanto à certeza da detecção do ilícito, respondessem a uma questão simples: “Você concorda que os *punitive damages* não sejam aplicados?”⁴⁵⁵⁴⁵⁶.

Considerando a *expertise* dos estudantes da *University of Chicago Law School* em análise econômica da responsabilidade civil, seria “razoável esperar que uma grande porcentagem dos estudantes aceitaria a teoria da *deterrence* ótima”⁴⁵⁷. Mas não foi isso que se observou na prática. Mais de 85% dos estudantes respondeu a pergunta discordando da

⁴⁵³ No original: “(1) that explicitly drawing people’s attention to a low probability of detection does not by itself produce higher or materially different awards and (2) that optimal deterrence is, to that important extent, not promoted by people’s spontaneous judgments about appropriate punishment” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 137).

⁴⁵⁴ No original: “there was essentially no chance that Johnson would not seek and receive compensation, and hence there is no need for punitive damages in this case” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 140).

⁴⁵⁵ No original: “Assume that the trial judge was correct on his factual claim - and thus that there was no chance that Johnson would not seek and receive full compensation. Do you agree that punitive damages should not be awarded?” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 140).

⁴⁵⁶ Vale mencionar que a resposta dos estudantes deveria ser uma das quatro seguintes: “strongly disagree (1), somewhat disagree (2), somewhat agree (3), strongly agree (4)” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 140).

⁴⁵⁷ No original: “reasonable to speculate that a large percentage of students would accept optimal deterrence theory” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, pp. 140-141).

posição adotada pelo magistrado e, desta forma, refutando a aplicação da teoria da *deterrence* ótima⁴⁵⁸.

A conclusão sugerida pelos pesquisadores é de que, “aparentemente, os pesquisados acreditaram que um comportamento extremamente negligente e reprovável mereça ser punido, independentemente do que a teoria da *deterrence* possa sugerir”⁴⁵⁹. Os pesquisadores concluem, ainda, que as respostas dos estudantes de direito indicam que a noção moral de comportamentos reprováveis não é intuitivamente impactada pela noção de probabilidade de detecção do ilícito, mesmo quando se trata da intuição de indivíduos tecnicamente capacitados para realizar tal associação⁴⁶⁰.

2.3.5. O estudo empírico de Viscusi

A aplicação prática das premissas econômicas defendidas por Polinsky e Shavell é retomada, dois anos mais tarde, em 2001, por W. Kip Viscusi, em artigo intitulado *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*⁴⁶¹. Nesse artigo, Viscusi busca avaliar o comportamento de indivíduos comuns (jurados em potencial), quando chamados a determinar uma condenação por *punitive damages* com base em um manual de instruções⁴⁶² com regras que traduzem fielmente, embora em linguagem razoavelmente

⁴⁵⁸ Os pesquisadores afirmam que chegaram a suspeitar que os resultados tivessem sido influenciados pelo baixo valor sugerido para os danos compensatórios (\$50 mil), e refizeram a pesquisa aumentando o referido valor para \$200 mil. Para a surpresa deles, no entanto, o resultado não foi significativamente distinto. Mais de 70% dos pesquisados continuaram a rejeitar a decisão do magistrado. (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 141).

⁴⁵⁹ No original: “Apparently respondents believed that reckless or invidious behavior deserves to be punished, whatever deterrence theory may suggest” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 140).

⁴⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 141.

⁴⁶¹ VISCUSI, W. Kip. *The Challenge of Punitive Damages Mathematics*. Uma versão simplificada deste artigo foi publicada, em 2002, em capítulo intitulado *Deterrence Instructions: What Jurors Won't Do*, no livro *Punitive Damages: How Juries Decide* (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, pp. 142-170). Por ser mais didático, é este artigo simplificado que servirá de base para a análise realizada neste subcapítulo.

⁴⁶² Como já mencionado em capítulo anterior, o sistema jurídico vigente nos Estados Unidos é o *common law*. Nesse sistema – e particularmente no direito norte-americano – o papel de determinar quais os fatos vencedores em uma demanda (*trier of facts*) é atribuído ao júri, tanto em matéria criminal como em matéria civil. Embora esta regra não seja universal (havendo uma série de hipóteses em que o júri não será o responsável por decidir o caso concreto), para os fins deste trabalho basta atentarmos para o fato de que, tratando-se de responsabilidade civil, o júri é, via de regra, o responsável pela fixação do *quantum indenizatório*. Cabe ao júri, portanto, fixar o valor a ser pago pelo réu tanto por *compensatory damages*, como por *punitive damages*. Quem define a lei aplicável ao caso concreto, no entanto, é o juiz: é ele que define quais normas e precedentes serão aplicáveis ao caso. Os parâmetros previstos em tais normas e precedentes é traduzido, de forma tão simples quanto possível, em uma espécie de manual de instruções (*jury instructions*), que é entregue ao júri, para que a subsunção dos fatos à lei, pelos leigos, seja feita de acordo com a lei. À respeito das *jury instructions*, explicam Arthur von Mehren e Peter Murray: “*The predominant*

simples e acessível, as premissas estabelecidas por Polinsky e Shavell⁴⁶³ para atingimento do nível ótimo de *deterrence*.

O estudo conduzido por Viscusi consistia no seguinte: 353 indivíduos adultos, de idade, escolaridade, sexo e poder aquisitivo variados – foram divididos em 6 grupos distintos. Para cada grupo foi apresentado um caso hipotético minimamente diferente dos demais: cada caso possuía uma única característica exclusiva, supostamente capaz de interferir na fixação dos *punitive damages*. Para 5 grupos foi entregue o manual de instruções (*jury instructions*) com os parâmetros sugeridos por Polinsky e Shavell para o cálculo dos *punitive damages*. Ao 6º grupo (espécie de grupo de controle) foi entregue um manual de instruções comumente utilizado pelas cortes americanas, sem qualquer referência aos parâmetros econômicos utilizado por Polinsky e Shavell. Solicitou-se aos integrantes de cada um dos grupos que, individualmente e com base no manual de instruções recebido, determinassem um valor adequado de *punitive damages* para seus casos⁴⁶⁴.

O manual de instruções com os parâmetros econômicos sugeridos por Polinsky e Shavell é um documento de leitura fácil, que oferece aos potenciais jurados elementos racionais e matemáticos para o cálculo dos *punitive damages*. Dentre os elementos constantes do manual encontram-se, por exemplo, as necessidades de que o cálculo seja feito em função da possibilidade de detecção do ilícito e de que seja aplicado o multiplicador de *punitive damages*. Tudo porém em linguagem acessível, até mesmo com

method by which the law is applied to facts found in jury trial process is through the judge's instruction of the jury in the applicable law. Once the jury has heard the evidence of the facts in dispute, the judge then instructs or 'teaches' the jury the law that would be applicable to the facts as the jury might find them. Traditionally, the judge's 'charge' to the jury was orally delivered by the judge at the end of the evidence just before the commencement of deliberations. The length and complexity of some jury charges have led observers to wonder how lay jury members can possibly remember, let alone apply, a mass of abstract legal doctrine delivered to them orally. Concerns about the effectiveness of oral charges have led some courts to permit part or all of the judge's charge on the law to be delivered to the jury in writing so that the jurors can refer to the applicable law during the course of their deliberations. The perceived advantages of giving the jury the applicable law in a charge and allowing the jury to apply the law to the facts are twofold. First, in days past, the use of any written media to communicate with jurors of limited or varying reading ability has been seen as bringing an added burden and risk of error. Second, the charge method gives the jury greater latitude to reach decisions on the ultimate outcome of the case in a more holistic manner and reduces the significance of potential disagreements about individual facts. As indicated herein, the ability of a jury to approach a case holistically and decide it based on the jurors' collective sense of right and justice, sometimes regardless of the niceties of the law, has long been considered an important safeguard for individual litigants and an opportunity for court judgments to reflect the values of the community" (MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*, pp. 219-220).

⁴⁶³ O manual de instruções utilizado no estudo foi preparado pelos próprios Polinsky e Shavell, e encontra-se anexado ao famoso artigo da dupla sob o título de *Appendix: Model Jury Instructions* (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 957-962).

⁴⁶⁴ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide. pp. 142-151.

tabelas para facilitar os referidos cálculos e considerações. Há ainda, instrução expressa para que elementos externos (tais como a reprovabilidade da conduta, os honorários de advogado, a situação patrimonial do réu etc) não sejam levados em consideração para o referido cálculo⁴⁶⁵. Por tudo isso, esperava-se que a resposta dos indivíduos pesquisados fosse aproximar-se dos padrões ótimos de *deterrence* previstos por Polinsky e Shavell. Não foi isso, contudo, que se viu.

Os resultados obtidos por Viscusi são, em muitos aspectos, contraditórios e inconclusivos. Enquanto os indivíduos pesquisados parecem seguir à risca as instruções recebidas em alguns aspectos, em outros parecem que sequer tomaram conhecimento do que lhes foi sugerido⁴⁶⁶. As principais conclusões, no entanto, foram assim apontadas por Viscusi:

O fornecimento aos jurados de uma fórmula racional e matemática para a fixação dos *punitive damages* pode resolver o problema de condenações de *punitive damages* aleatórias e altamente variáveis? Os resultados experimentais relatados aqui não são promissores. Poucos respondentes foram capazes de fazer o cálculo chave referente ao valor ótimo de *deterrence* para punição. Uma porcentagem muito maior realizou a segunda tarefa matemática de definir um valor total de condenação entre o valor da punição e de *deterrence*, mas mesmo este exercício simples representou dificuldades para um segmento significativo da população. Os respondentes também não foram sensíveis à probabilidade de detecção do ilícito, que é o parâmetro chave de importância na análise econômica dos *punitive damages*. Talvez o mais preocupante é que essas dificuldades não são aleatórias, mas altamente concentradas em determinados grupos demográficos, especialmente as minorias e os menos bem educados⁴⁶⁷.

Parece, portanto, que o estudo de Viscusi tendem a reforçar as conclusões anteriormente já sugeridas por Sunstein, Schkade e Kahneman⁴⁶⁸: as pessoas tendem a não aplicar a teoria da *deterrence* para avaliar casos de *punitive damages*. O estudo de Viscusi é ainda mais emblemático porque, nesse caso, os indivíduos não foram estimulados a,

⁴⁶⁵ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 957-962.

⁴⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, pp. 151-159.

⁴⁶⁷ No original: “Can providing jurors with a detailed rationale and mathematical formula for setting punitive damages solve the problem of random and highly variable punitive damages awards? The experimental results reported here are not promising. Few respondents were able to make the key calculation pertaining to the optimal deterrence value for punishment. A much greater percentage carried out the second mathematical task of setting a total award value between the punishment value and the deterrence value, but even this straightforward exercise posed difficulties for a significant segment of the population. Respondents also were not sensitive to the probability of detection, which is the key parameter of importance in the law and economics perspective on punitive damages. Perhaps most troubling is that these difficulties are not random but are highly concentrated among particular demographic groups, specifically minorities and the less well educated” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, pp. 162-163).

⁴⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, p. 141.

intuitivamente, deduzir a noção econômica de *deterrence* ótima. Neste estudo, os indivíduos foram induzidos, por meio de regras claras e diretas, a calcular os *punitive damages* de acordo com a lógica econômica de Polinsky e Shavell. E, mesmo assim, os indivíduos insistiram em não segui-la.

Viscusi sugere dois principais motivos para este resultado. Em primeiro lugar, é possível que os indivíduos (ou ao menos uma parcela deles) tenham deixado de aplicar o manual de instruções por acharem muito difícil a fórmula matemática sugerida por aquele documento. Esta hipótese é enfraquecida, contudo, pelo fato de que até mesmo pessoas com alto grau de instrução (universitários e profissionais com ensino superior completo) ignoraram a referida fórmula matemática para fixar o valor dos *punitive damages*. Por esse motivo, Viscusi parece acreditar mais num segundo potencial motivo: o de que “as pessoas simplesmente não acreditam que esta abordagem [da teoria da *deterrence* de Polinsky e Shavell] seja uma forma convincente ou razoável de fixar valores de *punitive damages*”⁴⁶⁹.

3. CONCLUSÕES PARCIAIS – O IMPACTO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO ESTUDO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Guido Calabresi - um dos fundadores do *Law & Economics*, juntamente com Ronald H. Coase e Richard A. Posner - ao responder sobre qual seria o principal objetivo de um sistema de responsabilidade civil, responde sem titubear: “Primeiro, ele precisa ser justo”⁴⁷⁰. E o autor acrescenta: “um sistema economicamente ótimo de redução de custos de acidente [...] pode ser total ou parcialmente inaceitável porque ele nos parece injusto, e nenhuma argumentação quanto à eficiência do sistema pode fazer muito para salvá-lo. A justiça deve ao final prevalecer”⁴⁷¹.

Embora a análise econômica do direito procure respostas lógicas e racionais para os problemas apresentados pela sociedade, a realidade mostra que, eventualmente, soluções excessivamente lógicas e racionais podem não se mostrar justas. Isso se dá

⁴⁶⁹ No original: “people simply do not find this approach a compelling or reasonable way to assess punitive damages amounts” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 163).

⁴⁷⁰ No original: “What, then, are the principal goals of any system of accident law? First, it must be just or fair; second, it must reduce the cost of accidents” (CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents*, p. 24).

⁴⁷¹ No original: “An economically optimal system of reducing accident costs – whether decisions are made collectively, through the market, or through a combination of both – might be totally or partially unacceptable because it strikes us as unfair, and no amount of discussion of the efficiency of the system would do much to save it. Justice must ultimately have its due” (CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents*, pp. 25-26).

porque, muitas vezes, o senso de justiça foge à lógica econômica e se aproxima à complexa lógica humana. De acordo com a lógica humana, é extremamente normal que um comportamento economicamente racional seja considerado injusto. Cabe ao direito promover a integração dessas duas lógicas, fazendo os ajustes necessários às valiosas soluções apresentadas pela análise econômica do direito, para que elas possam refletir não apenas a razão econômica, mas também o inestimável senso de justiça.

É esse o princípio que deve nos orientar quando analisamos as contribuições da análise econômica do direito para o estudo dos *punitive damages*. Embora as propostas apresentadas pelos estudos analisados neste capítulo mostrem-se substancialmente satisfatórias para o atingimento do nível de *deterrence* economicamente adequado, parece-nos que ao menos parte dessas propostas não se mostra totalmente justa, merecendo os devidos reparos.

A nosso ver, o sistema que mais se aproxima do juridicamente adequado⁴⁷² é aquele proposto por Polinsky e Shavell⁴⁷³, que pode ser assim definido⁴⁷⁴: (i) *quando a conduta punida for capaz de produzir ganhos sociais*, os *punitive damages* deverão ser calculados em função da probabilidade de detecção do ilícito, sendo tanto maior, quanto maior for a chance de que o ofensor possa escapar do dever de indenizar⁴⁷⁵ (*deterrence* ótima)⁴⁷⁶; ou (ii) *quando a conduta punida for incapaz de produzir qualquer ganho social*, os *punitive damages* deverão ser calculados de forma que sejam capazes de prevenir completamente a ocorrência da referida conduta (*deterrence* total).

O reparo que fazemos ao sistema de Polinsky e Shavell diz respeito ao segundo critério de fixação dos *punitive damages*: aquele que é aplicado quando a conduta punida é

⁴⁷² Para os fins deste capítulo, “sistema juridicamente adequado” deve ser entendido como “sistema que atende ao senso de justiça”.

⁴⁷³ Acreditamos, contudo, que apesar das contundentes críticas em seu artigo, o sistema de Keith Hylton aproxima-se muitíssimo do sistema de Polinsky e Shavell. Embora a fundamentação dos estudos seja completamente diferente (Hylton fundamenta-se no confronto entre ganhos e perdas; Polinsky e Shavell fundamentam-se nos níveis de detecção do ilícito) suas soluções são muito próximas. Tão próximas que, se ampliarmos a noção de Polinsky e Shavell de benefícios socialmente ilícitos, as soluções oferecidas pelos dois sistemas praticamente se equivalem. Optamos, apesar disso, pelo sistema de Polinsky e Shavell por entendermos que: (i) trata-se de modelo de fundamentação mais sólida; (ii) trata-se de modelo que resiste fortemente, há cerca de 15 anos, aos comentários e críticas de acadêmicos do mundo todo e, ainda assim, permanece referência no estudo dos *punitive damages*; e (iii) as propostas apresentadas pelos autores mostram-se levemente mais concretas e pragmáticas.

⁴⁷⁴ Tendo em vista os objetivos deste subcapítulo, optamos por definir o sistema de Polinsky e Shavell em função da licitude dos benefícios auferidos pelo ofensor. Esta definição não é fornecida pelos autores, que atribuem aos “benefícios socialmente ilícitos” uma importância menor. É, no entanto, uma definição igualmente correta, que comporta as premissas defendidas por aqueles autores.

⁴⁷⁵ Para este cálculo, deve-se utilizar o já muitas vezes mencionado multiplicador de *punitive damages*.

⁴⁷⁶ Sendo que, se a chance de que o ofensor possa escapar for nula, não deverá haver condenação por *punitive damages*.

incapaz de produzir qualquer ganho social ou, nas palavras dos autores, quando os benefícios auferidos pelo ofensor são “socialmente ilícitos”⁴⁷⁷. E o reparo que ousamos sugerir diz respeito não à solução proposta pelos autores, mas sim à amplitude conferida por eles à expressão *benefícios socialmente ilícitos*.

Embora Polinsky e Shavell interpretem esta classe de *benefícios* de maneira extremamente restritiva⁴⁷⁸, o senso de justiça nos faz pensar de forma diferente. Embora a economia tenha clara preferência por propor soluções que promovam um *nível ótimo de eficiência*, esse nem sempre é o objetivo da sociedade. Acreditamos ser esse o equívoco do sistema de Polinsky e Shavell: enquanto os autores buscam restringir a noção de *benefícios socialmente ilícitos* para que um número maior de condutas seja regulado pela noção de *deterrence* ótima, o anseio da sociedade é exatamente o inverso. A sociedade deseja um conceito mais amplo de *benefícios socialmente ilícitos* porque há um número grande de condutas que ela, sociedade, pretende ver reguladas por uma noção de *deterrence* total⁴⁷⁹. Há um número grande de condutas que a sociedade pretende ver completamente extirpadas: todas aquelas condutas que forem consideradas altamente reprováveis e indignas do ponto de vista ético-moral.

Essa clamor social fica bastante claro tanto no estudo empírico conduzido por Sunstein, Schkade e Kahneman⁴⁸⁰, quanto naquele realizado por Viscusi⁴⁸¹. Percebe-se, nos dois estudos, uma tendência natural das pessoas de avaliar os casos que lhes são apresentados com base, prioritariamente, no seu intrínseco senso de justiça. É por esse motivo que, mesmo quando induzidos a utilizar os princípios econômicos, os indivíduos mostram-se predispostos a seguir seus instintos sempre que a lógica econômica conflitar com a lógica humana. Conforme concebido por Kant, o homem possui um valor inerente à

⁴⁷⁷ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 909.

⁴⁷⁸ “In general, we surmise that reprehensible acts that are not undertaken with the objective of causing harm, but rather that happen to cause it as a highly likely byproduct, usually are not associated with socially illicit utility. Thus, for these kinds of acts, punitive damages should not be imposed unless the injurer has a significant chance of escaping liability - our usual conclusion” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 909-910).

⁴⁷⁹ E nesse ponto, o argumento de Keith Hylton mostra-se mais adequado: “The central implication is that in a setting in which offender gains are less than social losses, overdeterrence costs should not be a concern to punishment authorities. For in such a setting, the offensive activity is one that should be completely deterred, rather than one contained to some ‘proper’ level. Of course, there may be reasons, in this case, to set the penalty either close to or far above the minimum necessary to eliminate the offender’s gain. But the existence of forgone benefits to offenders-the ultimate concern of the overdeterrence argument-provides no reason whatsoever for constraining the level of the penalty” (HYLTON, Keith. *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, pp. 439-440).

⁴⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, pp. 132-141.

⁴⁸¹ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*, pp. 142-170.

sua condição humana⁴⁸², valor este que o torna um “sujeito ético, capaz de conceber a liberdade e o justo”⁴⁸³. É esse senso ético-moral que leva o ser humano a rejeitar, intuitivamente, postulados que afrontem seu senso de justiça. No caso dos *punitive damages* isso significa deixar o sistema da *deterrence* ótima em segundo plano, sempre que, antagonicamente, o anseio por justiça sugerir a adoção de um sistema de *deterrence* total. É por isso que os estudos empíricos evidenciam a necessidade dos indivíduos de avaliar o *quantum* dos *punitive damages* à luz de conceitos como o alto grau de culpabilidade do ofensor e o nível de reprovabilidade da conduta punida.

Com relação aos resultados apresentados pelos estudos empíricos, vale uma ressalva: o estudo conduzido por Viscusi parte da premissa de que o *quantum* dos *punitive damages* deve ser fixado por indivíduos comuns, no papel de jurados. Esta premissa é típico do sistema de *common law* e, portanto, não se aplicaria a países que, como o Brasil, adotam o sistema do *civil law*. É válida, portanto, a seguinte pergunta: É possível afirmar que os resultados obtidos por Viscusi seriam repetidos no Brasil, onde a lei é aplicada por juízes togados?

É evidente que, sem a replicação do referido estudo no Brasil, é impossível fazer qualquer afirmação categórica. No entanto, pelo menos dois argumentos sugerem que, no Brasil, o estudo poderia apresentar características bastante diferentes:

(i) *grau de escolaridade dos magistrados*: de acordo com Viscusi, “os níveis de educação mostraram-se essenciais”⁴⁸⁴ para os resultados obtidos: quanto maior o grau de escolaridade, maior o grau de apego às fórmulas matemáticas sugeridas para o cálculo dos *punitive damages*; e

(ii) *expertise jurídica dos magistrados*: conforme demonstra Viscusi em estudo intitulado *Do Judges do Better?*⁴⁸⁵, “uma performance superior dos juízes [em relação aos jurados] não é inesperada”⁴⁸⁶. Juízes possuem treinamento jurídico e estão acostumados com o processo decisório. Ademais, especialmente nos países de tradição romano-germânica, os juízes estão acostumados a cumprir normas e dispositivos legais. Um

⁴⁸² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58.

⁴⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 206.

⁴⁸⁴ No original: “Educational levels proved to be pivotal” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 162).

⁴⁸⁵ O estudo está incluído em capítulo da obra *Punitive Damages*. How Juries Decide (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, pp. 186-207).

⁴⁸⁶ No original: “The superior performance of judges is not unexpected” (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages*. How Juries Decide, p. 207).

manual de instruções para a quantificação dos *punitive damages*, nessa medida, seria apenas mais uma das muitas regras que os juízes brasileiros já estão acostumados a seguir.

Esse fato, no entanto, não muda nossa opinião inicial de que devem ser incluídos no cálculo dos *punitive damages* elementos que traduzam o senso comum de justiça. Em primeiro lugar, porque o sistema de responsabilidade civil – do qual faz parte o instituto dos *punitive damages* – deve refletir os anseios da sociedade, independentemente de sua aplicação se dar por intermédio do júri ou do juiz togado. Em segundo lugar, porque ao juiz não cabe um papel meramente mecânico de aplicador de *standards* pré-definidos. Por ter a função de promover justiça no caso concreto, parece-nos claro que o juiz não aplicaria a lógica econômica quando entendesse tratar-se de solução injusta.

Feitos os devidos reparos, acreditamos que o sistema de Polinsky e Shavell pode ser extremamente útil para o atingimento dos níveis adequados de *deterrence* (que ora será ótimo, ora será total, a depender do caso concreto). O manual de instruções com os parâmetros para o cálculo dos *punitive damages*, desde que devidamente ajustados, parece também um excelente instrumento para ajudar os magistrados na difícil tarefa de fixar a indenização em patamar ao mesmo tempo (a) adequado, para que atinja plenamente suas funções punitiva e preventiva; e (b) equânime, para que trate diferentes indivíduos com o mesmo rigor.

CAPÍTULO IV:

A INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O DIREITO BRASILEIRO

1. A ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO AO ORDENAMENTO, EM CASOS EXCEPCIONAIS

Nos capítulos anteriores, procuramos demonstrar a evolução da responsabilidade civil rumo a uma importante mudança paradigmática: a transição do paradigma reparatório para o paradigma preventivo. Buscamos, ainda, apresentar como alternativa para a concretização deste novo paradigma, um instituto muito conhecido pelos países de *common law*: os *punitive damages*, que têm por função primordial prevenir a ocorrência de danos. Por fim, utilizamo-nos da análise econômica do direito para demonstrar a utilidade e eficácia do instituto. Restou responder a uma última pergunta: Seriam os *punitive damages* cabíveis no sistema de responsabilidade civil brasileiro? A adoção da culpa como critério para a quantificação da indenização (notadamente para majorá-la) encontra respaldo legal em nosso ordenamento jurídico?

Como se verá ao longo deste capítulo, a resposta para ambas as perguntas parece ser positiva: sim, os *punitive damages* encontram espaço em nosso sistema de responsabilidade civil; e sim, há respaldo legal para a adoção da culpa como critério para a majoração da indenização. É bem verdade que há, ainda, quem pense diferente⁴⁸⁷. Mas, ao longo dos anos, os argumentos a que se apegam tais opositores parecem ficar, gradualmente, pelo caminho: a falta de fundamento legal, a impossibilidade de penalização no âmbito civil, a promoção de enriquecimento sem causa, a violação ao princípio do *restitutio in integrum*, foram todos combatidos pontual e incisivamente pela doutrina, de modo que insistir neles parece cada vez mais frágil.

Os argumentos que, ainda hoje, formula-se contra a adesão aos *punitive damages* no Brasil, parecem decorrer especialmente de dois motivos: (i) um apego extremo à literalidade das normas; e (ii) uma ideia de que a adesão ao instituto implicaria aumento substancial e generalizado do valor das indenizações. Tais motivos, no entanto, não nos parecem totalmente adequados.

Em primeiro lugar, acreditamos que o apego à literalidade das normas decorre da desconsideração de algumas importantes regras hermenêuticas. Como ensina Carlos

⁴⁸⁷ Ver, entre outros, Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, pp. 209-215).

Maximiliano, “*interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁴⁸⁸. Ainda de acordo com o autor, o apego extremo às palavras, no processo interpretativo, é “o maior perigo, fonte perene de erros”⁴⁸⁹. Como já pregava Ulpiano, *verbum ex legibus sic accipendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis*⁴⁹⁰, ou seja, o sentido das leis se deduz: tanto pelo espírito da lei quanto por suas palavras⁴⁹¹. É para evitar os perigos e erros mencionados por Carlos Maximiliano, que a interpretação das normas deve recorrer a meios que extrapolam a literalidade. Como se explicará neste capítulo, no que diz respeito à fundamentação dos *punitive damages*, a interpretação adequada deverá ser sistemática, tomando-se por base o sistema de direito civil constitucional⁴⁹². E tal interpretação levará à conclusão de que os *punitive damages* encontram fundamento no núcleo dos direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, também não acreditamos que a adoção formal dos *punitive damages* no Brasil levará a indenizações substancial e generalizadamente elevadas. Ao contrário, parece-nos que uma aplicação correta do instituto tende a uma lógica oposta: tendo em vista a excepcionalidade do instituto, é possível antever (a) uma ligeira redução no valor da maior parte das indenizações por dano moral; e (b) uma elevação no valor das indenizações em apenas um reduzido número de casos em que os *punitive damages* forem aplicáveis. Teremos oportunidade de explicar, mais à frente, o racional deste pensamento. Por ora, basta mencionar que a correta aplicação dos *punitive damages* deverá ser extremamente criteriosa, de modo a tornar inviável o argumento genérico do *caráter punitivo da indenização por dano moral*. Como o juiz só poderá majorar a indenização, com base no caráter punitivo, quando estiverem presentes os rigorosos critérios para aplicação da indenização punitiva, é possível prever que, no maior número de casos (aqueles de menor gravidade), a indenização por dano moral será ligeiramente menor do

⁴⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

⁴⁸⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 91.

⁴⁹⁰ Ulpiano, em Digesto, livro L, título XVI, Fragmento 6, §1º.

⁴⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 92.

⁴⁹² “São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem *informar* o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil. Eis a chave de leitura para se entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil, que se torna ainda mais urgente quando da interpretação de um diploma recém-promulgado” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 378).

que é atualmente. Não bastará ao juiz mencionar, genericamente, que um caso merece punição exemplar. Será necessário motivar adequadamente a decisão, sob pena de revisão pelo Tribunal *ad quem*.

Fato é que, diante da comprovada eficácia e utilidade do instituto, faltam argumentos jurídicos convincentes para afastar a aplicação dos *punitive damages* em território nacional. A evolução da responsabilidade civil a leva cada vez mais em direção ao novo paradigma da prevenção de danos. E os *punitive damages* mostram-se importante instrumento para enfrentar os desafios apresentados por esse novo cenário. Não é, obviamente, o único instrumento preventivo à disposição do direito civil: as tutelas inibitórias e até mesmo algumas tutelas de remoção do ilícito são capazes de colaborar para o atingimento de tal fim. Mas é instrumento que se coloca como alternativa eficaz a direitos penal e administrativo insuficientes. O direito civil deve cumprir sua função social, e participar da prevenção de danos de forma mais efetiva, sendo que os *punitive damages* podem contribuir eficazmente para essa tarefa. E, como se demonstrará a seguir, não parece haver argumentos jurídicos que impeçam isso de acontecer.

1.1. Opção por uma denominação - Indenização punitiva

A opção por uma denominação adequada para os *punitive damages*, quando inseridos no direito brasileiro, é complicada. A tradução literal de *punitive damages* é particularmente desafiadora, por envolver uma noção não exatamente compreendida pelo direito brasileiro: a noção de *remedial law*. Como explica Dan B. Dobbs, o direito, nos países de *common law*, divide-se em *substantive law* (direito substantivo: as regras que determinam o elenco de direitos garantidos aos indivíduos); *procedural law* (direito processual: as regras formais que determinam como o cumprimento dos direitos substantivos pode ser exigido); e *remedial law* (direito reparatório: regras que determinam “a natureza e o escopo da satisfação a ser proporcionada ao autor uma vez que o direito substantivo daquele autor tenha sido estabelecido por processo legal adequado”⁴⁹³).

São fundamentalmente quatro os *remedies* existentes: “(1) *Damages remedies*, (2) *Restitutionary remedies*, (3) *Coercitive remedies such as injunctions*, or (4) *Declaratory*

⁴⁹³ No original: “The law of judicial remedies determines the nature and scope of the relief to be given to a plaintiff once that plaintiff has established a substantive right by appropriate in-court procedures” (DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*. Hornbook Series. 2^a ed. Minnesota: West, 1973. p. 1).

remedies”⁴⁹⁴. *Reparatory remedies* têm por objetivo restaurar o *status quo ante* em caso de enriquecimento sem causa. *Coercitive remedies* são as medidas adotadas para evitar a ocorrência ou persistência do dano (as chamadas tutelas inibitórias e tutelas de remoção do ilícito). *Declaratory remedies* têm o objetivo de preservar uma determinada situação jurídica mediante sua declaração de validade. Por fim, *damages remedies* são os instrumentos jurídicos utilizados como resposta a danos que já não podem mais ser evitados ou mitigados. Compreendem tanto a compensação do dano (*compensatory ou nominal damages*) como a punição do causador do dano (*punitive damages*).

A aplicação adequada da expressão *damages* afastaria, a rigor, as duas traduções mais utilizadas pela doutrina: dano punitivo e indenização punitiva. A expressão dano punitivo não traduz minimamente a ideia originária dos *punitive damages* e não possui significado técnico⁴⁹⁵: se dano “nada mais é do que o prejuízo causado pelo agente”⁴⁹⁶, o que seria um dano (prejuízo) punitivo? Parece-nos que mais correto seria dizer que a resposta a este dano (prejuízo) é punitiva. O termo indenização punitiva, por sua vez, aproxima-se mais do instituto original (na medida em que a noção de *indenização* – ou, ainda melhor, a de *reparação* - pode ser associada, com algum esforço argumentativo, à noção de *damages remedy*). Contudo, a expressão indenização punitiva parece uma contradição em si mesma: “se é indenização, não pode ser pena; se é pena, não se trata de indenização”⁴⁹⁷.

A doutrina fala, ainda, genericamente, em prestações punitivas⁴⁹⁸ e pena privada⁴⁹⁹. Tais expressões, embora possivelmente mais apropriadas do ponto de vista técnico-jurídico, distanciam o instituto do campo da responsabilidade civil, por dissociá-lo das noções de dano e, principalmente, de indenização. Se é verdade que os *punitive damages* não correspondem à indenização por danos materiais e/ou morais, também é verdade que eles estão a ela diretamente associados, a tal ponto de não ser possível a condenação por *punitive damages* se não houver condenação por danos materiais ou morais. Os *punitive damages*, como já dito, possuem caráter acessório.

⁴⁹⁴ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*, p. 2.

⁴⁹⁵ “A expressão ‘danos punitivos’, embora desconsidere completamente o sentido literal das palavras, na medida em que é a reparação, e não o dano, que deve ser ‘punitiva’, encontra-se consagrada não só no Brasil, mas também nos países de língua espanhola, na Itália e na França” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 33).

⁴⁹⁶ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Direito Ambiental*. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109.

⁴⁹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, pp. 219-220.

⁴⁹⁸ Ver Caroline Vaz (VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*).

⁴⁹⁹ Ver Suzanne Carval (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*).

Assim, na ausência de tradução mais adequada e conveniente, optaremos pela expressão *indenização punitiva*⁵⁰⁰ por ser esta a que mais se aproxima, ao mesmo tempo, (a) de uma noção correta do instituto anglo-saxão⁵⁰¹, e (b) de uma coerência sistemático-terminológica com os institutos de origem romano-germânica⁵⁰².

1.2. Fundamento legal: o princípio constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana

A indenização punitiva não retira seu fundamento legal da literalidade de norma infraconstitucional. Embora não sejam poucos os Projetos de Lei que busquem instituir dispositivo legal nesse sentido, ainda não há artigo no Código Civil ou na legislação especial autorizando expressamente a utilização da indenização como instrumento de punição ou prevenção de danos.

Dos diversos projetos que tramitam atualmente no Congresso Nacional, dois merecem algum destaque, por suas peculiaridades: (i) o primeiro (Projeto de Lei nº 699/2011), em tramitação na Câmara dos Deputados, visando à inserção de dispositivo no Código Civil; e (ii) o segundo (Projeto de Lei do Senado nº 278/2010), em tramitação no Senado Federal, visando à inserção de dispositivo no Código de Defesa do Consumidor.

O projeto em tramitação na Câmara dos Deputados é o famoso Projeto Fiúza, já arquivado e reapresentado duas vezes, que hoje apresenta-se sob o nº 699/2011 (anteriormente, recebeu os números 6.960/2001 e 276/2007). Tal projeto visa não propriamente à inclusão da indenização punitiva no Código Civil, mas à positivação do pretoriano critério punitivo da indenização por dano moral, por meio da inclusão de um §2º

⁵⁰⁰ “*La aparición y vulgarización de los ‘danos punitivos’, o mejor, ‘indemnizaciones punitivas’, han dado pie a un importante sector de la doctrina para sostener una ‘nueva formulación de la tesis mixta o funcional del daño moral’: la indemnización del daño moral se hará o se ponderará con criterio resarcitorio, pero, además ‘en casos de graves inconductas – reforma legislativa de por medio – se podrá condenar el autor al pago de un plus, en concepto de pena privada, destinada a la víctima, por encima del valor del resarcimiento’*” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. t. V, p. 213).

⁵⁰¹ Afinal, conforme Dan B. Dobbs, “*a few money awards that are not compensatory in nature are nevertheless traditionally called damages. The award of punitive or exemplary damages, intended partly to punish or deter the defendant, is in this category. The award is not truly a damages award based on measuring compensation; it is merely called damages for convenience*” (DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*, p. 2).

⁵⁰² “Mas a aparente contradição terminológica não deve ser tomada como sintoma de inconsistência da construção teórica, e sim da insuficiência do instrumental lingüístico para nomear de forma precisa a figura aqui examinada. Essa insuficiência pode, com boa vontade, ser superada pela simples adjetivação de um vocábulo já existente, para qualificar e, conseqüentemente, modificar o seu sentido original” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, pp. 219-220).

ao artigo 944 do Código Civil, com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Em 12 de dezembro de 2011, esse dispositivo recebeu parecer desfavorável da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). De acordo com o parecer do Deputado Relator, Sr. Felipe Bornier, a inclusão do caráter punitivo entre os critérios para o cálculo do dano moral representaria “passo crítico, que deve ser evitado, por razões de natureza constitucional e infraconstitucional”⁵⁰³. Na opinião do Relator, o critério punitivo representaria violação aos princípios da reparação integral e da anterioridade da pena.

A alteração proposta pelo Projeto Fiúza, de fato, não é ideal: ao nosso ver, a indenização punitiva deve ser autônoma (e não atrelada aos critérios de quantificação do dano moral) para atingir plenamente sua função preventivo-dissuasória. Contudo, nossa visão acerca da legalidade da indenização punitiva é muito distinta da do *ilustre* Relator. A nosso ver, a indenização punitiva harmoniza-se perfeitamente com os princípios jurídicos que orientam o sistema civil-constitucional brasileiro.

O segundo projeto, em tramitação perante o Senado Federal, é o Projeto de Lei do Senado nº 278/2010. Este projeto propõe a inclusão no Código de Defesa do Consumidor brasileiro de artigo muito semelhante àquele recentemente incorporado à legislação consumerista argentina: trata-se de dispositivo visando à aplicação de multa civil às empresas que agirem de forma altamente reprovável, *in verbis*:

Art. 88-A. Em qualquer ação para a defesa de interesse ou direito do consumidor, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento da parte, condenar o fornecedor ao pagamento de multa civil, de caráter punitivo e preventivo, graduada em função dos seguintes parâmetros:

- I – gravidade e extensão da lesão;
- II – número de consumidores atingidos pela ação ou omissão danosa;
- III – grau de reprovabilidade da culpa ou do dolo do responsável; e
- IV – condição econômica do fornecedor.

Parágrafo único. Nas ações de responsabilidade pelo fato do produto ou do

⁵⁰³ Eis o parecer, na íntegra: “Consideramos que a indenização ao dano moral deve ter por referência a vítima a ser indenizada, não o causador do dano. A adoção do ‘adequado desestímulo ao lesante’ representa a introdução do caráter punitivo da indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Este é um passo crítico, que deve ser evitado, por razões de natureza constitucional e infraconstitucional. Nos países de tradição jurídica civilista, como é o caso do Brasil, a indenização do dano moral visa a restituir o patrimônio da vítima ao estado anterior ao dano e, se não for possível, a compensá-la da dor sofrida sem que disso decorra o enriquecimento sem causa. A indenização deve ser medida pela extensão do dano sofrido pela vítima. Essa relação entre dano e indenização deve ser preservada, em detrimento da adoção da conduta do agente como critério de quantificação da indenização. O ramo do Direito que disciplina e pune a conduta do agente é o criminal, cujo princípio basilar é o de que não há pena sem anterior previsão legal. A proposição agride o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal: a punição só tem lugar se houver lei anterior tipificando a conduta e prevendo a pena correspondente. Votamos pela rejeição” (disponível em www.camara.gov.br, acesso em: 1 fev. 2013).

serviço, o valor da multa civil também levará em conta o custo estimado do investimento que teria sido necessário à prevenção do dano em relação a todos os potenciais consumidores, de forma a tornar economicamente desvantajosa a opção por não realizá-lo.

Art. 88-B. O valor recolhido a título de multa civil será distribuído da seguinte forma:

I – nas ações individuais:

- a) um centésimo a um décimo para o autor;
- b) o restante para o fundo da União de que trata o artigo 57.

II – nas ações coletivas:

- a) integralmente para um dos fundos de que trata o art. 57, caso a ação tenha sido proposta por órgão ou entidade legitimada nos incisos I, II ou III do art. 82, levando em consideração o ente federativo do qual o órgão ou entidade faça parte;
- b) um terço para a associação, legitimada no inciso IV do art. 82, que propôs a ação;
- c) dois terços para um dos fundos de que trata o art. 57, levando em consideração o âmbito territorial de atuação da associação que propôs a ação⁵⁰⁴.

De acordo com a justificativa redigida pelos integrantes da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), o projeto teria por objetivo aproveitar um “momento oportuno” para a moralização das relações de consumo, o que só seria possível por meio da institucionalização da função preventiva da responsabilidade civil, no âmbito das relações de consumo. Sustenta-se que a referida “multa civil” seria necessária para (i) estimular os empresários a adotarem comportamentos socialmente adequados; (ii) eliminar o lucro ilícito; e (iii) mitigar os danos causados à sociedade⁵⁰⁵. Com relação à legalidade do dispositivo, sustentam os Senadores inexistirem quaisquer impeditivos legais para sua aprovação: ressaltando a pré-existência de diversas sanções de natureza civil, os Senadores defendem que o artigo atenderia plenamente ao princípio da legalidade e aos demais ditames constitucionais.

Concordamos, em grande parte, com o racional seguido por este projeto de lei. Muitos de seus fundamentos equivalem aos fundamentos por nós reconhecidos, tanto quanto à legalidade da indenização punitiva, como quanto aos requisitos para sua aplicação. Há, no entanto, pontos importantes que merecem reparo, a saber:

(i) O fato de inserir-se, o dispositivo, no Código de Defesa do Consumidor, o que limita sua aplicação ao microssistema consumerista;

⁵⁰⁴ Disponível em www.senado.gov.br, acesso em: 1 fev. 2013.

⁵⁰⁵ “A verdade é que, muitas vezes, os fornecedores deliberadamente praticam ações ou omissões prejudiciais ao consumidor por considerarem que o total a ser despendido em indenizações estipuladas em ações de reparação dos danos causados seria menor que o custo de prevenir esses danos, especialmente levando em conta que apenas uma pequena parte dos consumidores efetivamente buscam o Judiciário para a reparação do dano. Nessas hipóteses, a indenização meramente compensatória é insuficiente para gerar o estímulo adequado à salvaguarda da segurança dos consumidores e à promoção da qualidade dos produtos e serviços” (disponível em www.senado.gov.br, acesso em: 1 fev. 2013).

(ii) a linguagem utilizada, por sua vez, pode levar o dispositivo a uma aplicação inadequadamente generalizada, deixando indesejada margem de discricionariedade para o magistrado (embora o magistrado deva ter discricionariedade quanto à fixação do *quantum debeatur*, não há que se falar em discricionariedade quanto às hipóteses de aplicação da multa: a multa *deverá* ser aplicada sempre que, *e apenas quando*, os requisitos legais estiverem presentes); e

(iii) o uso do termo ‘poder’ pode gerar dúvida quanto a tratar-se de ‘poder-poder’ ou ‘poder-dever’ (como já mencionado no comentário anterior, há, aqui, apenas e tão somente ‘poder-dever’ – ou seja, a multa *deve* ser aplicada nas situações extremamente graves prevista na norma).

Por tudo isso, parece-nos que a redação do referido artigo deveria ser revista para deixar claro que o juiz *só aplicará a multa* nas hipóteses em que estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: (i) conduta altamente reprovável (inserindo-se, aqui, a noção de obtenção de lucro ilícito); (ii) dolo ou culpa grave; e (iii) grave lesão (aqui inserida a noção de violação à dignidade humana). Aí sim, estabelecidos os requisitos, poder-se-ia falar em critérios para a gradação da referida multa⁵⁰⁶.

As propostas legislativas acerca do tema, contudo, continuam em tramitação no Congresso Nacional. Por esse motivo, o dispositivo que rege a reparação de danos em nosso ordenamento jurídico continua a ser o artigo 944 do Código Civil, que, em suma, traduz a regra da *restitutio in integrum* ao pregar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Conforme já tivemos a oportunidade de mencionar⁵⁰⁷, a regra do artigo 944 foi mitigada pelo parágrafo único daquele mesmo dispositivo, que permite ao juiz reduzir equitativamente a indenização “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. A culpa foi, nessa medida, expressamente consagrada pelo legislador como elemento de quantificação do dano (moral ou material, frise-se), para permitir a sua minoração caso assim determine o juízo de equidade.

O mesmo tratamento não foi dispensado à culpa como instrumento de prevenção de danos e dissuasão de comportamentos reprováveis. Esse fato levou alguns doutrinadores a acreditar que a não inclusão da culpa como elemento de majoração da indenização

⁵⁰⁶ Parece-nos, ainda, que a distribuição dos valores indenizatórios, tal como proposto pelo Projeto, não logrará cumprir a importante função de proporcionar incentivo adequado à propositura das ações pelos consumidores lesados. Como se explicará mais adiante, esse incentivo é importante porque, nesses casos, o consumidor funciona como *uma espécie de agente público*, na medida em que sua ação possui repercussão coletiva (trata-se aqui daquilo que, oportunamente, definiremos como a função de *private attorney general*, na linha da doutrina norte-americana).

⁵⁰⁷ Ver Capítulo I, subcapítulo 4.1.

representaria opção expressa do legislador contrária à indenização punitiva⁵⁰⁸. Não é esse nosso entendimento⁵⁰⁹. Em primeiro lugar, porque não há qualquer menção expressa a essa suposta *opção legislativa* na exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil de 2002⁵¹⁰. Em segundo lugar, porque o Código Civil de 2002 tem origem em documento muito mais antigo: o Anteprojeto do Código Civil de 1973, que foi publicado em contexto muito diferente do que vivemos hoje, quando a discussão sobre a indenização punitiva no Brasil e na Europa era ainda muitíssimo incipiente. Em terceiro lugar, porque os inúmeros Projetos de Lei que tramitam hoje no Congresso Nacional, visando à inclusão em nosso ordenamento de norma expressa acerca indenização punitiva, indicam, ao contrário, um *animus legislandi* favorável ao instituto.

Mas ainda que aqueles críticos estivessem certos (o que, repise-se, não se está a admitir), estamos com Ives Gandra da Silva Martins, quando afirma que “a lei é mais inteligente que o legislador, pois o texto de lei não deve ser examinado à luz do que deseja aquele que a elabora, mas do sistema constitucional vigente”⁵¹¹. Ou seja, se o legislador optou por não trazer a indenização punitiva para o sistema do Código Civil, o fez à total

⁵⁰⁸ “Tais hipóteses, entretanto, não procuram atender a intuítos sancionatórios ou punitivos, voltados ao agravamento da responsabilidade do réu, mas, muito ao contrário, destinam-se a proteger o responsável civil de um ônus excessivo em certas situações.(...) Deve-se ter em mente, contudo, que a norma vem proteger o responsável de um ônus *excessivo*, em conformidade com o espírito de equidade, que exige que o rigor da solução jurídica seja temperado à luz das circunstâncias do caso concreto. Não se trata, como se vê, de retornar à culpa *in concreto*. A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a *redução equitativa* da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, pp. 44-45).

⁵⁰⁹ Embora não compartilhemos dessa opinião, é válido ressaltar a posição de alguns autores no sentido exatamente oposto: sustentam eles que o parágrafo único do artigo 944, por consagrar a culpa como critério para a quantificação do dano, teria aberto as portas do ordenamento para a consagração da indenização punitiva. É esse o caso de Regina Beatriz Tavares da Silva: “Note-se que no novo sistema do Código Civil, que adotou a gradação da culpa do agente no cálculo da indenização, como dispõe o parágrafo único do art. 944, segundo o qual ‘se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’, tanto no que se refere aos danos morais, quanto no que tange aos danos materiais, a gravidade da falta influencia o *quantum* indenizatório. O caráter punitivo da reparação de danos, portanto, passou a ter apoio legal. A mudança operada no novo Código, neste sentido, é significativa, já que no Código Civil de 1916 adotava-se somente a teoria da extensão do dano, como critério para a fixação da indenização cabível no caso de prejuízo material. Assim, o *quantum* indenizatório independia da existência de dolo: vontade deliberada de causar o prejuízo, ou de culpa no sentido estrito: negligência, imprudência ou imperícia. Com o sistema da gradação da culpa, cabe ao julgador verificar se houve dolo ou se a culpa em sentido estrito foi grave - na qual o agente, embora sem a vontade deliberada de causar o dano, atuou como se o tivesse desejado -, leve - ausência de diligência média, observada por um homem normal em sua conduta - ou levíssima - falta de diligência, tomada acima do padrão médio do ser humano” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de Fixação da Indenização do Dano Moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil*. Questões Controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2004. pp. 265-266).

⁵¹⁰ ALVIM, Agostinho. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil*, p. 101-102.

⁵¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundação de direito privado não instituída por lei e que não recebe recursos públicos da entidade que a instituiu, desnecessidade de concurso público para preenchimento de cargos: parecer. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 27, dez./mar. 1999/2000. p. 414.

revelia do que determina a Constituição Federal. Sua opção, portanto, de nada vale, pois a indenização punitiva retira seu fundamento legal do cerne do sistema constitucional brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal⁵¹².

Como destaca Gustavo Tepedino, “não há [nos dias de hoje] civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar a interpretação construtiva da norma infraconstitucional”⁵¹³. O autor, grande entusiasta do chamado *Direito Civil Constitucional*, enfatiza que, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, deixou de haver uma rígida dicotomia direito público - direito privado⁵¹⁴. As normas passaram a ser interpretadas dentro de um grande sistema⁵¹⁵ – o sistema Constitucional – de modo que cada dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado à luz dos princípios basilares⁵¹⁶.

⁵¹² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁵¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II. p. 379.

⁵¹⁴ “Vive-se hoje, em contexto bem distinto, a indiscutível superposição do direito privado e do direito público, derivada de duas circunstâncias fundamentais. A primeira delas é o surgimento de inúmeras figuras insuscetíveis de classificação cômoda em qualquer dos dois ramos do direito. As novas tecnologias e a evolução das formas de utilização dos bens fazem surgir, a cada dia, categorias patrimoniais (espécies de propriedade, instrumentos de utilização do solo, contratos de massa etc.) e extrapatrimoniais (novas modalidades de danos, princípios da prevenção e precaução, a regulamentação da bioética etc.) que superam qualquer classificação baseada na vetusta dicotomia” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 380).

⁵¹⁵ Sobre a interpretação sistemática, já ensinava Friedrich Karl von Savigny, no final do século XIX: “Se notará que, por lo dicho hasta ahora, la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por un ejemplo, la de que se ocupa la filología; pero revela un carácter particular y propio cuando la descomponemos en sus partes constitutivas. Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico, y el sistemático. El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos un pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento lógico, la descomposición del pensamiento ó las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en la que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general de derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema” (SAVIGNY, Friedrich Karl von Savigny. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madri: F. Gongora y Compañía, 1878. t. I. pp. 149-150).

⁵¹⁶ “Aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que o de outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também,

enunciados pela Constituição Federal, de modo a dar-lhes máxima eficácia⁵¹⁷. As premissas do Direito Civil Constitucional são muito bem sintetizadas por Gustavo Tepedino:

Vale sublinhar algumas premissas essenciais do direito civil constitucional: (i) o reconhecimento do direito como realidade cultural, e não como resultado (*rectius*, submissão) da ordem econômica vigente: o direito tem uma intrínseca função promocional e não apenas uma função mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências; (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana; (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto; (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico; (v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação ao outro⁵¹⁸.

Nas palavras de Patrícia Faga Iglecias Lemos, “a dignidade humana, quanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos”⁵¹⁹ e, acrescentamos, o valor máximo do sistema normativo constitucional⁵²⁰. Como bem ensina José Joaquim Gomes Canotilho “uma das principais funções de uma lei constitucional continua sendo a *revelação normativa do consenso fundamental* de uma comunidade política com relação aos princípios, valores e ideias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade”⁵²¹. E, continua o autor, o princípio da dignidade humana é certamente um dos “padrões de conduta política e jurídica

afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 106).

⁵¹⁷ “Princípio da máxima efetividade: na interpretação das normas constitucionais devemos atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade” (COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001. p. 17).

⁵¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 378.

⁵¹⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, p. 68.

⁵²⁰ “Ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o Constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa.(...) Daí o grande desafio do jurista de hoje, consistente na necessidade de harmonização de fontes normativas a partir dos valores e princípios constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 380).

⁵²¹ No original: “Una de las principales funciones de una ley constitucional continúa siendo la de *revelación normativa del consenso fundamental de una comunidad política con respecto a principios, valores e ideas directrices que sirven de patrones de conducta política y jurídica en esa comunidad*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de La Constitución*, pp. 104-105).

com relação aos quais é possível afirmar que existe um consenso fundamental”⁵²². Não há dúvidas, portanto, de que a dignidade da pessoa humana é princípio da maior importância, que se encontra no cerne do sistema jurídico civil-constitucional.

Se situar o princípio da dignidade humana no sistema jurídico brasileiro não é tarefa das mais árduas, o mesmo não se pode dizer quanto à sua conceituação. *Dignidade da pessoa humana* é um conceito extremamente aberto e aplicável às mais diversas e distintas situações⁵²³. “Não há uma concepção unívoca ou homogênea da expressão, apesar de se imaginar que ela possa mesmo existir”⁵²⁴. Em qualquer caso, no entanto, falar de preservação da dignidade humana significa falar da proteção de valores inestimáveis, intrínsecos à condição humana. O conceito de dignidade da pessoa humana é assim explorado por Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da *dignidade* da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil⁵²⁵.

Parece-nos, no entanto, que a noção exata de dignidade da pessoa humana é mais facilmente assimilada não por uma tentativa de conceituação formal da expressão, mas, como o faz com maestria Maria Celina Bodin de Moraes, por meio da enumeração dos postulados que decorrem da referida expressão:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros

⁵²² No original: “(...) *patrones de conducta* política y jurídica con respecto a los cuales es posible afirmar que existe un *consenso* fundamental (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de La Constitución*, p. 105).

⁵²³ A complexidade do tema é tamanha que já foi objeto de aprofundado estudo por autores respeitadíssimos. Neste trabalho, seguimos primordialmente as concepções de dignidade da pessoa humana de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*), de Giselda Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*) e de Antonio Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. Revista USP*, São Paulo, n. 53, mar./mai. 2002).

⁵²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*, p. 162.

⁵²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 52. Definição mais pragmática e, ao menos aparentemente, mais restritiva, é a de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem: “a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 100).

como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.

É particularmente pedagógica a classificação final de Maria Celina Bodin de Moraes quanto às esferas de incidência do princípio da dignidade humana. De acordo com a autora, a dignidade da pessoa humana expressa-se fundamentalmente por quatro direitos subjetivos garantidos a todos os cidadãos brasileiros: o direito à igualdade, o direito à integridade física, o direito à liberdade, e o “direito-dever”⁵²⁶ à solidariedade social (assim entendido o direito e o dever de coexistência harmônica em sociedade ou, em outras palavras, “a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”)⁵²⁷.

E, até porque *o homem é fim e não meio*⁵²⁸, conforme a clássica noção kantiana de dignidade humana, não resta dúvidas de que a indenização punitiva - com seu objetivo de eliminação do lucro ilícito e de prevenção de condutas eticamente reprováveis – possui importante papel na preservação da dignidade humana, tomando-se a expressão tanto em sua perspectiva de tutela da integridade física quanto de solidariedade social⁵²⁹.

A indenização punitiva encontra fundamento legal no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana porque seus principais objetivos (prevenir danos injustos e repudiar condutas altamente reprováveis) têm a função de promover e prestigiar o referido valor máximo do sistema civil-constitucional. Em primeiro lugar, porque ao repudiar condutas altamente reprováveis, a indenização punitiva promove a tutela da integridade psicofísica. Em segundo lugar, porque tanto (i) ao combater a ocorrência do lucro ilícito, como (ii) ao prevenir danos irreparáveis ou de difícil reparação, a indenização punitiva promove a solidariedade social⁵³⁰.

Mais do que medida adequada à promoção da dignidade da pessoa humana, a indenização punitiva mostra-se instrumento necessário para a efetivação plena do referido

⁵²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 108.

⁵²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 112.

⁵²⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, p. 58.

⁵²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, pp. 93 e 108.

⁵³⁰ Como bem leciona Caroline Vaz: “A prevenção é o melhor cuidado a se tomar juridicamente quanto ao resguardo dos direitos fundamentais. (...) Ocorre que, para os lesados, a atuação posterior à prática agressiva já não tem como ser desfeita, mas apenas reparada, o que não é o objetivo das garantias aos direitos fundamentais” (VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 112-113).

princípio constitucional. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, um sistema sancionatório adequado, que consiga atingir níveis satisfatórios de repressão e prevenção, deve contar equilibradamente com sanções de natureza penal, administrativa e civil. Isso ocorre basicamente por dois motivos: o primeiro, é que nem Direito Penal, nem Direito Administrativo, nem Direito Civil mostram-se autossuficientes para controlar, isoladamente, as demandas sociais. Ao contrário, como pudemos demonstrar, o Direito Penal já apresenta, há algum tempo, sinais críticos de insuficiência. O segundo motivo, é que há particularidades em cada sistema que os tornam mais eficazes que os demais para sancionar determinadas condutas. E, a nosso ver, o Direito Civil aparenta ser o campo mais propício e eficaz para a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2.1. Eficácia imediata da norma constitucional

A despeito das posições em sentido contrário⁵³¹, parece-nos claro que os princípios e garantias fundamentais, que norteiam a Constituição Federal, possuem aplicação imediata e, portanto, independem de norma infraconstitucional para sua concretização⁵³². É isso que se extrai do artigo 5º, §1º da própria Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Conforme ensina Juan Maria Bilbao Ubillos, “a teoria da eficácia imediata implica que, com ou sem norma ordinária implementadora, é a norma constitucional que se aplica como a razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão. Isso significa dizer, não como ‘regra hermenêutica, mas (como) norma de comportamento apta a incidir também no conteúdo das relações particulares’ (Perlingieri)”⁵³³.

⁵³¹ Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵³² Como ensina Paulo Valério Dal Pai Moraes, os princípios possuem papel de destaque no ordenamento jurídico e, em caso de conflito, prevalecem sobre as regras: “Entretanto, o primeiro grande elemento distintivo é a diferença de densidade axiológica que existe entre as regras e os princípios, pois estes possuem uma densidade de valores muito superior à densidade das regras. Quando nos manifestamos em aula, utilizamos o método de identificar a regra como sendo uma esfera de ouro de 10 quilos e o princípio como uma esfera de ouro de 100 quilos, uma em cada mão, e perguntamos ao ‘leigo’: ‘Leigo! Valore! Qual a esfera mais valiosa?’ Obviamente que a decisão, a escolha de qualquer pessoa leiga, seria a esfera de 100 quilos de ouro, a esfera do princípio. Portanto, esta é uma conclusão parcial que já se impõe. No caso de antinomia entre regra e princípio, é inexorável a opção pelo princípio, que é axiologicamente mais valioso” (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 57, edição online, 2006. p. 13).

⁵³³ No original: “la teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como razón primaria y justificadora (no necesariamente la única) de una determinada decisión. Es decir, no como ‘regla hermenéutica, sino (como) norma de

A eficácia dos princípios constitucionais é muito bem esclarecida por Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*⁵³⁴. De acordo com o autor, os princípios possuem eficácia interna (quando atuam sobre a compreensão das outras normas) e externa (quando atuam sobre a compreensão e valoração dos fatos)⁵³⁵. No que diz respeito à eficácia interna, Ávila ensina que os princípios podem atuar de forma direta ou indireta. “A *eficácia direta* traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra”⁵³⁶. É nesse plano de eficácia que, acreditamos, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, ainda que se argumente que, em razão da regra expressa do artigo 944 do Código Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana devesse ter aplicação apenas indireta, isso em nada mudaria a conclusão acerca da aplicabilidade da indenização punitiva pelos Tribunais brasileiros. Isso porque, como ensina Humberto Ávila, a aplicação indireta de um princípio se dá por meio de suas funções *definitória* (o princípio deve traçar os limites de aplicação da norma axiologicamente inferior); *interpretativa* (o princípio deve ponderar a literalidade da norma inferior, de modo a atender o valor maior); e *bloqueadora* (os princípios devem afastar “elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”⁵³⁷). Ou seja, mesmo se possuisse eficácia indireta⁵³⁸, o princípio da dignidade da pessoa humana garantiria a aplicação da indenização punitiva seja (i) pela

comportamiento apta para incidir también e el contenido de las relaciones entre particulares’ (Perlingieri)” (BILBAO UBILLOS, Juan Maria? En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 316-317).

⁵³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁵³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, pp. 78-80.

⁵³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 78. E o autor completa: “No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo - mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal. Outro exemplo: se não há regra expressa garantindo a proteção da expectativa de direito - mas ela é necessária à implementação de um estado de confiabilidade e de estabilidade para o cidadão -, ela deverá ser resguardada com base direta no princípio da segurança jurídica. Nesses casos, há princípios que atuam diretamente” (Ibidem, p. 78).

⁵³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 79.

⁵³⁸ Vale ressaltar que, de acordo com Humberto Ávila, os chamados sobreprincípios (aqueles se sobrepõem a outros princípios, como, por exemplo, a segurança jurídica, o devido processo legal e a dignidade humana), não exerceriam, propriamente, as funções integrativa (eficácia direta) e definitória (embora continuassem a exercer as funções interpretativa e bloqueadora). Ao contrário, os sobreprincípios exerceriam uma função específica: a chamada “*função rearticuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 80). Embora não concordemos plenamente com a afirmação de que sobreprincípios não exerceriam as funções definitória e integrativa (porque um sobreprincípio pode ter sido definido apenas parcialmente por um princípio inferior, restando campo para sua - às vezes até mesmo constante - complementação ou redefinição), parece-nos que a enunciada função rearticuladora atingiria os mesmos fins.

construção adequada do artigo 944; seja (ii) afastando a aplicação do referido dispositivo, quando houvesse necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana. O exemplo de Humberto Ávila, acerca da *função bloqueadora* dos princípios, é bastante ilustrativo:

Por exemplo, se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir efetiva protetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal⁵³⁹.

Por tudo isso, e no intuito de garantir a eficácia máxima da norma fundamental⁵⁴⁰, o Judiciário deve: por um lado, interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais à luz dos princípios e garantias constitucionais fundamentais; e, por outro, preencher as eventuais lacunas – ou, até mesmo, suprir as eventuais inconsistências – da legislação infraconstitucional, utilizando os mesmos princípios e garantias fundamentais, de modo a promover a imediata difusão, por todo o ordenamento jurídico pátrio, dos valores máximos de nossa nação. Afinal, como já mencionado acima, são premissas do direito civil constitucional garantir “o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana”⁵⁴¹ e “a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos”⁵⁴².

Conforme ensina Robert Alexy, “a norma da dignidade humana é tratada parcialmente como regra e parcialmente como princípio”⁵⁴³, de modo que, como bem pondera Sergio Cavalieri Filho, “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo

⁵³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 79.

⁵⁴⁰ “Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade o direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. p. 9).

⁵⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 378.

⁵⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. t. II, p. 378.

⁵⁴³ No original: “the human dignity norm is treated partly as a rule and partly as a principle” (ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução: Julian Rivers. Nova York: Oxford University Press, 2002. p. 63). O autor destaca, ainda, que a dignidade humana é tratada por muitos como princípio absoluto porque, quando ela *regra*, tem aplicação direta sobre o caso concreto; e quando ela é *princípio*, “there is a very large set of conditions of precedence for the principle of human dignity together with a strong degree of certainty that when they are satisfied it takes precedence over other competing principles” (Ibidem, p. 63).

constitucional à dignidade”⁵⁴⁴. E é justamente por isso que o Judiciário deve agir ativamente para garantir a mais ampla e irrestrita preservação da dignidade da pessoa humana. Para isso, não basta que o Judiciário garanta a reparabilidade do dano moral. É necessário, acima de tudo, adotar as medidas que estejam ao seu alcance para prevenir a ocorrência de danos graves. Se o Judiciário não tem à sua disposição o controle das políticas públicas do Estado, cabe ao Judiciário servir-se das tutelas inibitórias, das tutelas de remoção do ilícito e da indenização punitiva que, bem aplicada, já se demonstrou ser extremamente eficaz para a prevenção de danos e dissuasão de condutas altamente reprováveis. A prevenção de danos, especialmente no que diz respeito aos danos morais, é certamente a função mais importante da responsabilidade civil nos dias atuais. A irreparabilidade cada vez mais evidente dos danos morais (em particular dos chamados novos danos⁵⁴⁵) suscita, cada vez mais, a necessidade da prevenção de danos. E, nas palavras de Humberto Ávila, “ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível”⁵⁴⁶.

Ainda que se argumente que o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal não outorgue poderes expressos ao Judiciário para a aplicação imediata do princípio da dignidade da pessoa humana (o que, certamente, não admitimos), mesmo assim os juízes estariam autorizados a aplicar diretamente a norma constitucional, utilizando-se, para tanto, da teoria dos poderes implícitos⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 101.

⁵⁴⁵ Ver SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*.

⁵⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 82.

⁵⁴⁷ A teoria dos poderes implícitos tem origem nos Estados Unidos, e consagrou-se com o caso *McCulloch v. Maryland*, que discutiu o poder do Poder Legislativo para adotar medidas necessárias à concretização de normas constitucionais, a despeito da inexistência de atribuição explícita de poderes nesse sentido. Eis o entendimento do Tribunal: “*To employ the means necessary to an end is generally understood as employing any means calculated to produce the end, and not as being confined to those single means without which the end would be entirely unattainable. Such is the character of human language that no word conveys to the mind in all situations one single definite idea, and nothing is more common than to use words in a figurative sense. Almost all compositions contain words which, taken in a their rigorous sense, would convey a meaning different from that which is obviously intended. It is essential to just construction that many words which import something excessive should be understood in a more mitigated sense - in that sense which common usage justifies.(...) But we think the sound construction of the Constitution must allow to the national legislature that discretion with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution which will enable that body to perform the high duties assigned to it in the manner most beneficial to the people*” (*McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 413-421 (1819)). Para mais detalhes sobre a teoria dos poderes implícitos recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: DODD, W. F. *Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law*. *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 29, n. 2, 1919; e PLOUS, Harold J.; BAKER, Gordon E. *McCulloch v. Maryland. Right Principle, Wrong Case*. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 9, 1956-1957.

Como explica Caroline Vaz, a teoria dos poderes implícitos “traduz-se precisamente na existência de poderes além daqueles expressos no texto constitucional, poderes instrumentais, sem os quais seriam meras abstrações, de impossível efetivação, os poderes expressos”⁵⁴⁸. Ou seja, se a Constituição expressamente determina que seus preceitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, não há necessidade de enumeração de todos os instrumentos capazes de promover a referida aplicação. Todas as esferas do Estado (a saber, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) têm o dever de aplicar imediatamente tais preceitos, no âmbito de suas competências, no exercício de suas atividades. A Constituição confere poderes implícitos para tanto.

Não há razão, portanto, para se impedir a aplicação da indenização punitiva por suposta falta de fundamento legal. A indenização punitiva retira seu fundamento legal do artigo 1º, III, da Constituição Federal e, no §1º do artigo 5º do mesmo diploma, encontra fundamento para sua aplicação imediata pelos Tribunais brasileiros. Em que pese o já mencionado esforço legislativo no sentido de reconhecer expressamente, em nível infraconstitucional, a indenização punitiva, tal norma não é essencial para a aplicação imediata do instituto. Tal dispositivo poderia ser importante para delinear, claramente, os requisitos necessários para a aplicação da indenização punitiva. Mas isso não quer dizer que o instituto não possa ser aplicado desde logo⁵⁴⁹.

1.3. Indenização punitiva e a natureza do dano: danos morais *versus* danos materiais

Como tivemos oportunidade de mencionar quando da análise dos *punitive damages* no direito norte-americano, verificamos que o instituto possui *caráter acessório*,

⁵⁴⁸ VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 112-113.

⁵⁴⁹ Acerca da admissibilidade da indenização punitiva, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, recomendamos a leitura da obra de Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à Pessoa Humana*). Concordamos amplamente com a autora no tocante à fundamentação da indenização, mas discordamos quanto à necessidade de legislação infraconstitucional: para nós a aplicação do princípio é imediata, não havendo necessidade, como sustenta a autora, de “manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 263). Nesse aspecto, seguimos a linha de André Gustavo Corrêa de Andrade, cuja leitura também se recomenda, para quem “independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 237). Com relação ao último, no entanto, tendemos a ser ainda mais criteriosos quanto aos requisitos para a aplicação da indenização punitiva. Em nossa opinião, seria menor o número de hipóteses (casos concretos) em que a indenização punitiva seria adequadamente aplicável. Nossa opinião decorre, certamente, do apego às conclusões da extensiva análise econômica dos *punitive damages* que nos propusemos a fazer no Capítulo III, acima.

de forma que só é aplicável quando acompanhado de condenação por dano material ou dano moral. Assim, ao transportarmos o instituto norte-americano para o ordenamento jurídico brasileiro, é natural que surjam os seguintes questionamentos: (i) teria a indenização punitiva caráter igualmente acessório?; e (ii) em caso de resposta afirmativa, haveria limitação quanto à natureza da indenização principal (se por dano material ou por dano moral)?

A resposta a tais questionamentos, por sua complexidade, demandaria estudo específico, demasiadamente detalhado para os objetivos deste trabalho⁵⁵⁰. Não nos furtaremos, contudo, a uma análise, ainda que perfunctória, do tema.

Com relação à primeira pergunta, parece-nos que, de fato, a indenização punitiva deve ter caráter acessório. A nosso ver, a ocorrência de dano grave é *conditio sine qua non* para a imposição da penalidade: se a principal função da indenização punitiva é evitar a ocorrência de danos por meio da exemplaridade da punição, não faria sentido que tal indenização fosse imposta em casos em que não há qualquer dano.

A essa afirmação faz-se uma ressalva. É possível imaginar situações em que, embora cause à vítima dano de valor irrisório⁵⁵¹, a conduta lesiva atinja “a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população”⁵⁵². Nesses casos não haveria propriamente um dano indenizável para a vítima, mas sim aquilo que Antonio Junqueira de Azevedo chamou de dano social. Um exemplo seria o caso de uma hipotética empresa de TV a cabo que tenha *como política* dificultar o cancelamento das assinaturas por seus clientes. Para atingir tal fim, a empresa, dolosamente, cria inúmeros obstáculos e formalidades que levam os assinantes descontentes a perder várias horas ao telefone para conseguir o cancelamento do serviço. Muitos, certamente, desistem de seu intento e preferem aturar o serviço indesejado. Alguns corajosos, no entanto, resistem e, embora logrem encerrar a assinatura, saem do processo certamente lesados. O dano moral sofrido por tais consumidores, no entanto, tende a ser considerado pela jurisprudência *dano moral*

⁵⁵⁰ Lembrando que, com este trabalho, pretende-se: (i) demonstrar a evolução da responsabilidade civil rumo à utilização da culpa como elemento de prevenção de danos; (ii) analisar o modelo norte-americano dos *punitive damages*, identificando a relação intrínseca entre o instituto e a punição de condutas altamente culpáveis/reprováveis; (iii) avaliar a utilidade e eficácia do instituto, à luz da análise econômica do direito; e (iv) com base nessa perspectiva jurídico-econômica, propor critérios tentativamente sólidos para a adoção da culpa como critério para a quantificação da indenização.

⁵⁵¹ Expondo a situação sob o ponto de vista do ofensor, Anderson Schreiber: “Existem, claro, situações de ‘microlesões’ existenciais provocadas por conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias ‘não justifica’, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 212).

⁵⁵² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 215.

não indenizável, por representar “mero dissabor, aborrecimento”⁵⁵³. Seria possível argumentar, nesse caso, que, embora não haja dano moral indenizável (do ponto de vista da vítima), haveria grave dano social.

Em situações como a descrita acima, seria possível sustentar que a acessoriedade da indenização punitiva teria de ser mitigada, porque, embora o dano da vítima seja irrisório e/ou não indenizável, há expressivo dano social, que não pode ficar impune sob risco de “diminuição da tranqüilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais”⁵⁵⁴, ou ainda, de “redução da qualidade coletiva de vida”⁵⁵⁵. Acreditamos, contudo, que, mesmo nesses casos, seria necessária a existência do dano individual, ainda que de valor irrisório⁵⁵⁶, sob pena de não ter a vítima legitimidade ativa para ingressar com a ação de responsabilidade civil. Seria, ainda, necessária uma análise mais aprofundada do papel do cidadão como guardião do interesse público (aquilo que o direito americano chama de *private attorney general*), papel que, via de regra, compete ao Ministério Público.

Vale ressaltar que a indenização punitiva não se confunde com a indenização do dano moral coletivo ou transindividual. No caso do dano moral coletivo, busca-se a *compensação do dano* e a *recomposição do patrimônio social*. E esta função, não se discute, é privativa do Ministério Público e dos demais legitimados à propositura das ações coletivas (assim entendidas a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e as ações propostas por entidades coletivas para a defesa de interesses transindividuais). A indenização punitiva, por sua vez, busca a prevenção de danos e a dissuasão de condutas reprováveis por meio da exemplaridade da ação individual. Tratam-se, como visto, de objetivos muito distintos e que, portanto, apresentam soluções igualmente distintas. No primeiro caso, o cálculo da indenização deverá tomar por base o *quantum* necessário para a compensação do dano; no segundo caso, o cálculo da indenização tomará por base o *quantum* necessário para a prevenção (geral e especial) de

⁵⁵³ É isso o que diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar” (*Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1234549/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 1/12/2011, DJe 10/2/2012).

⁵⁵⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 215.

⁵⁵⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 215.

⁵⁵⁶ Teríamos aqui o equivalente aos *nominal damages* do direito norte-americano, já discutidos no Capítulo III, acima.

danos semelhantes (ou, como temos dito ao longo deste trabalho, para o atingimento do nível adequado de *deterrence*).

Com relação à segunda pergunta (quanto à natureza da indenização principal), a dificuldade é maior. A princípio, parece-nos que a indenização punitiva será cabível sempre que o caso concreto evidenciar violação ao princípio da dignidade humana o que, ao menos em tese, pode ocorrer tanto em hipóteses de dano moral como de dano material. Nesse aspecto, concordamos com Anderson Schreiber quanto ao fato de que “não há razão para que o causador de um dano moral seja obrigado a compensar o dano e, adicionalmente, a sofrer uma punição, enquanto o causador de um dano patrimonial, cuja conduta pode ter sido até mais repreensível (talvez dolosa), tem apenas o dever de compensar o prejuízo. Não há motivo que justifique a diversidade de tratamento”⁵⁵⁷.

Como já mencionamos anteriormente, à luz dos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁵⁸, são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da igualdade, o princípio da solidariedade, os direitos da personalidade, grande parte dos direitos e garantias fundamentais, além do princípio da justiça. Assim, sempre que houver violação direta de um desses direitos ou princípios, haverá, certamente, violação indireta do valor máximo de nossa sociedade - o princípio da dignidade da pessoa humana -, o que justificaria a aplicação da indenização punitiva.

Evidentemente, a identificação do dano moral com o princípio da dignidade da pessoa humana é muito mais simples. Como diz Sergio Cavalieri Filho, “em *sentido estrito*, dano moral é violação do direito à dignidade”⁵⁵⁹. Ou, ainda, nas palavras de Roberto Senise Lisboa, “*dano moral*, em sentido lato ou amplo, também conhecido por *dano extrapatrimonial*, é o prejuízo causado a algum direito personalíssimo da vítima”⁵⁶⁰. Ou seja, é intrínseca à noção de dano moral a noção de violação à dignidade humana (ou de violação a direito ou princípio dela decorrente).

A associação não é tão simples quando falamos em dano material. O dano material é, via de regra, associado exclusivamente aos prejuízos patrimoniais incorridos pela vítima ou, como define Sergio Cavalieri Filho, à lesão ao “conjunto de relações

⁵⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 20, jan./jul. 2002. p. 28. Vale ressaltar que Schreiber usa esse racional para rejeitar a indenização punitiva em ambos os casos (danos morais e materiais). Nós, ao contrário, usamos o racional para justificar a aplicação da indenização punitiva independentemente da natureza do dano.

⁵⁵⁸ Ver MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 85.

⁵⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 101.

⁵⁶⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, p. 297.

jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”⁵⁶¹. Nesse sentido, os danos patrimoniais estariam distantes do núcleo axiológico de nossa sociedade, consagrados no artigo 1º da Constituição Federal. No entanto, porque o indivíduo é parte da coletividade, não nos parece absurdo pensar que um dano material imposto ao indivíduo possa gerar, em alguns casos, repercussões coletivas importantes. Tão importantes que nos permitiriam falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que representariam: (i) violação ao princípio da solidariedade social (como, por exemplo, no já suscitado caso dos danos sociais decorrentes de microlesões repetitivas); e/ou (ii) violação ao princípio da justiça (como, por exemplo, em alguns casos de enriquecimento ilícito que, embora não gerem dano moral para a vítima, provoquem sensação geral de injustiça)⁵⁶².

Novamente, não se está a falar que a vítima de tais danos materiais estaria autorizada a pleitear a compensação por danos de natureza coletiva. O que se suscita é a hipótese de que as vítimas dos referidos danos materiais (aqueles que, ainda que indiretamente, representem violação ao princípio da dignidade humana) pudessem pleitear a indenização punitiva dos ofensores, utilizando-se da exemplaridade do caso concreto para prevenir danos e dissuadir condutas reprováveis. Embora não tenhamos dúvidas de que esta questão mereça estudo mais aprofundado, achamos oportuno trazê-la para debate, sem, contudo, nenhuma pretensão de esgotá-la.

Por fim, vale mencionar que, tanto nos casos de danos morais como no de danos materiais (notadamente daqueles que representem violação à dignidade humana), não basta a ocorrência do dano para a aplicação da indenização punitiva. Por se tratar de instituto de aplicação excepcional, a indenização punitiva só será cabível, evidentemente, quando se verificarem, no caso concreto, os demais requisitos para sua aplicação. O que se sustenta é que não se deve rejeitar genericamente, em nenhum dos casos, a indenização punitiva por suposta ausência de fundamento legal. Isso porque, ao menos numa parte dos casos

⁵⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 96.

⁵⁶² É muito parecido ao nosso o raciocínio de André Gustavo Corrêa de Andrade: “Mas também no tocante ao dano material, embora a regra seja a de que a indenização se mede pela extensão do dano, seria concebível uma indenização de caráter punitivo nos casos de enriquecimento ilícito (que não se confunde com o enriquecimento sem causa), com a finalidade de impedir o lucro ilícito do agente, quando se entendesse incabível a *actio in rem verso*, do art. 884 do Código Civil. Vale aqui a máxima: “*Nemo ex delicto suo lucretur*”. Com efeito, a ninguém é dado obter proveito com um ato ilícito. Trata-se de princípio geral não escrito que decorre do imperativo de justiça que informa todo o ordenamento jurídico, a partir da Constituição Federal, que em seu art. 3º, I, coloca a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária dentre os objetivos fundamentais da República. Assim, a existência de lucro ilícito constituiria pressuposto independente da indenização punitiva, a dispensar a própria ocorrência de dano moral” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, pp. 262-263).

(notadamente naqueles em que há violação – direta ou indireta - à dignidade da pessoa humana), fundamento legal há.

1.4. Excepcionalidade do instituto

Embora encontre fundamento legal no sistema de direito civil constitucional brasileiro, a indenização punitiva não possui aplicação geral e irrestrita. Ao contrário, a indenização punitiva só poderá ser aplicada em caráter excepcional, nos poucos casos que reunirem todas as condições necessárias à sua aplicação. É o que explica Edgardo López Herrera:

Além de acessórios, os danos punitivos são de aplicação estritamente *excepcional*. A regra é que os danos punitivos não procedam em nenhum tipo de ação. Não basta demonstrar, por exemplo, que se sofreu um dano injustamente causado por outra pessoa. Deve-se comprovar no mesmo processo que concorrem outras circunstâncias, por exemplo, a atitude do ofensor com relação à vítima, sua maldade, temeridade, ou à atividade danosa, levando em conta o maior benefício obtido depois de pagas as indenizações⁵⁶³.

Assim, a indenização punitiva só poderá ser aplicada quando o caso concreto apresentar conduta particularmente repudiada pela sociedade ou, nas palavras de Jorge Bustamante Alsina, quando o “dano tiver sido agravado por circunstâncias de violência, opressão, malícia, fraude, trapaça ou conduta dolosa por parte do demandado”⁵⁶⁴. Os requisitos que autorizariam a aplicação da indenização punitiva serão melhor explorados mais adiante. Por ora, é apenas importante ter em mente o caráter excepcional do instituto, o que permite afirmar que sua aplicação adequada deverá impactar apenas um número muito reduzido de casos.

⁵⁶³ No original: “*Amén de accesorios, los daños punitivos son de aplicación estrictamente excepcional. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar, por ejemplo, que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias, por ejemplo, la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones*” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 178).

⁵⁶⁴ No original: “*cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado*” (ALSINA, Jorge Bustamante. Los llamados ‘danos punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 1994-B. p. 860).

2. CRÍTICAS (E RESPOSTAS) AO INSTITUTO E À SUA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A suposta ausência de fundamento legal não é a única crítica sofrida pela indenização punitiva no tocante à legalidade do instituto nos países de *civil law*. A seguir procuramos levantar algumas das principais críticas sofridas pelo instituto, apresentando, em breve análise, os argumentos pelos quais entendemos que elas não merecem prosperar.

2.1. Possibilidade de punição no âmbito do direito civil

Uma das principais críticas à indenização punitiva diz respeito à alegada impossibilidade de aplicação de pena pelo direito civil. Argumentam, os defensores dessa tese, que “os danos punitivos representariam verdadeira punição de caráter criminal, ‘contrapondo-se’ ao instituto da responsabilidade civil que visa ao ressarcimento/compensação pelo dano efetivamente sofrido”⁵⁶⁵. Haveria, no entender desses autores, uma “completa separação entre Direito Civil e Direito Penal”⁵⁶⁶.

No entanto, como já tivemos oportunidade de discorrer no Capítulo I deste trabalho, não há separação tão estrita entre o Direito Penal e o Direito Civil⁵⁶⁷, razão pela qual é incorreto afirmar que, de um lado, apenas o Direito Penal teria a prerrogativa de aplicar pena⁵⁶⁸ e, de outro, apenas o Direito Civil teria competência para determinar a reparação do dano. Ao contrário, o que se observa é uma cada vez maior interpenetração das esferas do direito. É nesse sentido a lição de Pietro Perlingieri:

O fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição de uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores, dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - Artigo 883, parágrafo único, do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil*. Questões Controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 5. São Paulo: Editora Método, 2006. pp. 111-112.

⁵⁶⁶ MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais, p. 112.

⁵⁶⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 213.

⁵⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira*, p. 280.

⁵⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil Constitucional*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55.

De um lado, vemos o Direito Penal introduzir no seu rol de sanções, “ao lado das clássicas penas de prisão e multa, sanções próximas da reparação do Direito Civil, tais como as medidas de reposição ao estado anterior e prestação de serviços à comunidade”⁵⁷⁰. A título meramente exemplificativo, podemos mencionar a “Lei 9.099/95[,] com os institutos da *transação penal* e *composição civil*”⁵⁷¹, além de diversos dispositivos do Código Penal que, de uma forma ou de outra, atribuem efeitos penais à reparação do dano.

De outro, “não é verdade que o direito civil não puna”⁵⁷². São inúmeros os dispositivos do Código Civil que, mesmo possuindo caráter punitivo, não geram tanta animosidade por parte da doutrina, tal como ocorre com a indenização punitiva. Como atesta Antonio Junqueira de Azevedo, “em todos os campos do direito civil, ainda que não empregando a palavra ‘pena’, a punição, no Código, é evidente”⁵⁷³. Novamente a título exemplificativo, podemos mencionar os seguintes dispositivos do Código Civil que, a nosso ver⁵⁷⁴, caracterizam verdadeiras penas civis: (i) *artigo 408* – cláusula penal⁵⁷⁵; (ii) *artigo 418* – perda das arras em caso de inexecução do contrato⁵⁷⁶; (iii) *artigo 608* – pena imposta àquele que alicia pessoa obrigada em contrato escrito a prestar serviço a terceiro⁵⁷⁷; (iv) *artigo 939* – pena imposta ao credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida⁵⁷⁸; (v) *artigo 940* – pena imposta ao credor que demandar o devedor por

⁵⁷⁰ No original: “(...) dans l'éventail des sanctions pénales, aux côtés des classiques peines d'emprisonnement et d'amende, des sanctions proches des réparations en nature du droit civil, telles que les mesures de remise en état ou le travail d'intérêt général” (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 383).

⁵⁷¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 232.

⁵⁷² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 213.

⁵⁷³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, p. 213.

⁵⁷⁴ Tendo em vista os objetivos deste trabalho, optamos por não discorrer mais detidamente acerca da natureza jurídica dos institutos ora mencionados. A conclusão de se tratarem de penas civis, contudo, é compartilhada por respeitada doutrina. A esse respeito, ver, por exemplo, Antonio Junqueira de Azevedo (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil, pp. 213-214).

⁵⁷⁵ “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

⁵⁷⁶ “Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”.

⁵⁷⁷ “Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

⁵⁷⁸ “Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”.

dívida já paga⁵⁷⁹; (vi) *artigo 1.220* – pena imposta ao possuidor de má-fé que faz benfeitorias úteis e/ou voluptuárias no imóvel⁵⁸⁰; (vii) *artigo 1.814* – pena imposta ao herdeiro ou legatário por atos de indignidade⁵⁸¹; e (viii) *artigos 1.992 e 1.993* - penas impostas ao herdeiro que sonega bens da herança⁵⁸².

Os exemplos de comunicação entre as duas disciplinas são, como visto, inúmeros, não havendo razão para se falar em incompatibilidade entre o Direito Civil e a indenização punitiva. Ao contrário, diante do atual contexto de prevalência da função preventiva sobre a função compensatória, a indenização punitiva apresenta-se como instrumento não apenas compatível com o Direito Civil, mas essencial para que a responsabilidade civil atinja seus fins.

2.2. Violação ao princípio *ne bis in idem*

De acordo com os críticos, a indenização punitiva poderia resultar em “*bis in idem*, já que em hipóteses de condenação por lesões corporais, p. ex., além da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, o autor seria punido novamente ao reparar os danos”⁵⁸³. Conforme aponta Maria Celina Bodin de Moraes, “o ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal”⁵⁸⁴. Ousamos discordar.

O princípio do *ne bis in idem* proíbe a chamada “dupla valoração fática”⁵⁸⁵ ou seja, “ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo

⁵⁷⁹ “Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

⁵⁸⁰ “Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”.

⁵⁸¹ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

⁵⁸² “Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados”.

⁵⁸³ VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, p. 83.

⁵⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 260.

⁵⁸⁵ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 500.

fato”⁵⁸⁶. Mas, ao contrário do que possa parecer, o princípio não tem aplicação genérica, mas sim bastante específica. *Ne bis in idem*, portanto, significa dizer que um mesmo fato não deve ser *dupla e integralmente penalizado*, no âmbito de um mesmo ramo do direito e segundo o mesmo critério de valoração. Ou seja, ao mesmo tempo que se veda que uma pessoa seja condenada duas vezes, pelo mesmo fato, e com base no mesmo fundamento legal, admite-se que essa pessoa receba duas condenações distintas, com fundamento legal também distintos, ainda que pelo mesmo fato⁵⁸⁷. É que diz Rafael Munhoz de Melo:

o princípio do *non bis in idem*, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Foi afirmado acima que a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao *princípio do non bis in idem*⁵⁸⁸.

Da mesma forma, não haverá *bis in idem*, se o legislador entender que “o fato por ele proibido deve ter caráter administrativo ou penal, ou talvez ambos os caracteres”⁵⁸⁹ e, diante dessa conclusão, entender que a solução mais adequada, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é uma sanção multidisciplinar (penal, administrativa, civil)⁵⁹⁰. Não haverá *bis in idem* pois cada uma das sanções busca finalidade específica, associada ao seu campo de atuação, e a pena integral para o fato sancionado é a somatória das sanções de cada disciplina. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não é a pluralidade de sanções que seria irregular (em razão de *bis in idem*), mas a não aplicação de alguma das sanções (por implicar insuficiência de punição).

A pluralidade de sanções, mono ou multidisciplinares, é, por sinal, muito comum e não costuma causar nenhum espanto aos juristas. Um bom exemplo de punição potencialmente plural pode ser encontrado no campo da legislação sanitária federal: de

⁵⁸⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 274.

⁵⁸⁷ “Ou seja, vige o princípio da independência das instâncias, segundo o qual poderá haver a incidência da responsabilização criminal, civil e administrativa, quanto ao mesmo fato se este configurar ilícito nas três esferas” (VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 86-87).

⁵⁸⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 214.

⁵⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 335.

⁵⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 335.

acordo com a Lei nº 6.437/1977, o agente responsável por uma infração sanitária⁵⁹¹ fica sujeito, “sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis”⁵⁹² à um extenso rol de sanções administrativas, que poderão ser aplicadas “alternativa ou cumulativamente” pela Administração. Trata-se, portanto, de exemplo claro de pluralidade de penas tanto do ponto de vista monodisciplinar (é muito comum, por exemplo, uma empresa ser punida, por um mesmo fato, com aplicação de multa e apreensão de produtos vencidos; ou multa e interdição do estabelecimento), como multidisciplinar (além de configurar infração sanitária, o fato pode configurar umas das condutas tipificados nos artigos 272 a 280 do Código Penal⁵⁹³). Outros exemplos, conhecidos e tranquilamente aceitos pela comunidade jurídica, são os das infrações de trânsito, punidas concomitantemente pelo Código de Trânsito Brasileiro e pelo Código Penal, além das infrações cometidas por profissionais no exercício da profissão, punidas tanto pelo Direito Penal como pelos Conselhos de ética e disciplina profissionais.

O fato de o sistema permitir as sanções plurais não quer dizer que elas não possam representar uma punição abusiva. Como já dissemos, é necessário que as punições somadas atinjam o *nível punitivo ideal*, ou seja, o *ponto ideal* para retribuir o mal causado pelo agente e, ao mesmo tempo, dissuadir a repetição da conduta punida. Não se quer, portanto, nem que a soma das sanções seja insuficiente para atingir o referido *ponto ideal*, nem que o extrapole. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, tão ruim quanto a *underdeterrence* é a *overdeterrence*, pois esta pode levar a um indesejado desestímulo de práticas socialmente benéficas. Por isso, é essencial que a fixação da indenização punitiva seja aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta a eventual

⁵⁹¹ São infrações sanitárias, por exemplo, a manutenção de estabelecimento de saúde – hospitais, consultórios médicos, laboratórios farmacêuticos etc – sem licença para funcionamento, a venda de medicamentos sem registro, a realização de publicidade inadequada de medicamentos ou alimentos etc. O rol completo das infrações sanitárias consta do artigo 10º da Lei nº 6.437/1977.

⁵⁹² Lei nº 6.437/1977: “Art . 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: I - advertência; II - multa; III - apreensão de produto; IV - inutilização de produto; V - interdição de produto; VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto; VII - cancelamento de registro de produto; VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento; IX - proibição de propaganda; X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera; XII - imposição de mensagem retificadora; XIII - suspensão de propaganda e publicidade”.

⁵⁹³ Referidos artigos tratam dos seguintes crimes: (i) Artigo 272 - Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios; (ii) Artigo 273 - Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; (iii) Artigo 274 - Emprego de processo proibido ou de substância não permitida; (iv) Artigo 275 - Invólucro ou recipiente com falsa indicação; (v) Artigo 276 - Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores; (vi) Artigo 277 - Substância destinada à falsificação; (vii) Artigo 278 - Outras substâncias nocivas à saúde pública; e (viii) Artigo 280 - Medicamento em desacordo com receita médica.

incidência de outras sanções no caso concreto. O valor da indenização punitiva certamente será menor nos casos em que o infrator tiver incorrido em sanções penais e administrativas.

2.3. Vedação ao enriquecimento sem causa

Muitos críticos da indenização punitiva argumentam, ainda, que “a punição [decorrente da indenização punitiva] gera o enriquecimento sem causa da vítima, na medida em que permite uma indenização em montante superior aos danos sofridos”⁵⁹⁴. A nosso ver, tal argumento não se sustenta. Como demonstraremos a seguir, a indenização punitiva não configura enriquecimento sem causa pelo simples motivo de que há não uma, mas diversas causas para o “*enriquecimento*” da vítima. Ressalte-se, desde logo, que utilizamos o termo *enriquecimento* de maneira estritamente técnica, querendo referir-nos ao incremento no patrimônio da vítima decorrente do pagamento da indenização punitiva. A ressalva se faz necessária porque, ao mesmo tempo que sustentamos que a indenização punitiva não gera, em princípio, enriquecimento sem causa, defendemos que sua quantificação deve ser feita com razoabilidade e proporcionalidade, de forma a evitar condenações absurdas e injustificáveis.

2.3.1. Conceito e pressupostos do enriquecimento sem causa

Como ensina Giovanni Ettore Nanni, o enriquecimento sem causa pode ser visto tanto como fonte de obrigações como princípio⁵⁹⁵. Como fonte de obrigações, “o enriquecimento sem causa é inserido entre os atos unilaterais”⁵⁹⁶ e faz nascer para o lesante a obrigação de “restituir o indevidamente auferido”⁵⁹⁷, com a “*função específica [de] remover o enriquecimento*”⁵⁹⁸. Por outro lado, “o enriquecimento sem causa é um princípio informador de todo o direito brasileiro, de larga amplitude, com efeitos em qualquer

⁵⁹⁴ MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais, p. 114.

⁵⁹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200.

⁵⁹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 203.

⁵⁹⁷ Código Civil, artigo 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

⁵⁹⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

relação jurídica obrigacional”⁵⁹⁹. Com relação ao emprego do enriquecimento sem causa como princípio, leciona Giovanni Ettore:

O enriquecimento sem causa é um dispositivo muito útil ao operador do direito para corrigir situações em que se vislumbra uma desproporção patrimonial que evidencie a violação ao espírito do preceito. Evidentemente essa conotação principiológica não poderá colidir com outra regra legal, sob pena de fraudar a ordem jurídica como um todo.

O uso do enriquecimento sem causa como princípio, nesse ponto de vista, é circunscrito pelos limites legais, remédios e regras jurídicas específicas de cada situação.

Se não se lesa a lei e não se substitui uma regra específica pelo preceito que veda o enriquecimento sem causa, o seu emprego como um princípio informador do direito não encontra restrição, consubstanciando-se num importante meio para viabilizar os ditames da liberdade, justiça e solidariedade⁶⁰⁰.

Evidentemente, os críticos da indenização punitiva confrontam-na com o enriquecimento sem causa como *princípio do direito* e não como fonte obrigacional. Sustenta-se que uma indenização que extrapole os limites da mera reparação colocaria a vítima, sem qualquer fundamento para tanto, em situação financeiramente superior à experimentada antes de sofrer o dano, o que, segundo tais críticos, afrontaria o senso comum de justiça. Eis a razão por que tal indenização deveria ser coibida pelo Direito.

A nosso ver, contudo, tal crítica só faz algum sentido se partirmos da premissa equivocada de que a indenização punitiva não possui fundamento material e legal. E isso, como já demonstramos, não é o que ocorre. Para chegar-se a tal conclusão, é preciso abstrair as diversas causas de aplicação do instituto e, por consequência, as diversas causas do subsequente enriquecimento da vítima. Como ensina Giovanni Ettore, “por ser um princípio informador do direito obrigacional, o enriquecimento sem causa atua em qualquer circunstância reveladora de uma vantagem indevidamente obtida, a qual, segundo Rosa M. Méndez e Aura Esther Vilalta, não possui uma explicação razoável no ordenamento jurídico”⁶⁰¹. Ora, considerando-se que a indenização punitiva (i) não é uma vantagem indevida; e (ii) possui uma explicação muito razoável, de fundo constitucional, no ordenamento jurídico, não parece correto questionar o instituto nessas bases.

De acordo com a doutrina, o enriquecimento sem causa se dá quando presentes, cumulativamente, os três seguintes requisitos: (i) o enriquecimento de uma parte; (ii) o

⁵⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 203.

⁶⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 222.

⁶⁰¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 357.

consequente empobrecimento de outra; e (iii) a ausência de causa para esse deslocamento patrimonial⁶⁰².

As noções de enriquecimento e empobrecimento estão diretamente relacionadas, de modo que só se tem um quando também se observa a ocorrência do outro. “Entende-se por enriquecimento uma melhora na situação patrimonial da pessoa obrigada a restituir, que tanto pode decorrer de um aumento no ativo ou de uma diminuição no passivo”⁶⁰³. Numa visão mais próxima da noção principiológica do instituto, poder-se-ia dizer que o enriquecimento seria “qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais”⁶⁰⁴ auferidos por uma parte em detrimento de outra, a parte empobrecida. O empobrecimento, portanto, a *contrario sensu*, seria a diminuição (ou não incremento) no patrimônio de uma parte, em benefício de outra⁶⁰⁵.

A noção de causa é mais complexa, razão pela qual vale transcrever a elucidativa explanação de Orlando Gomes:

Indispensável, afinal, que o enriquecimento se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra causa. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de *causa de atribuição patrimonial*. Para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito⁶⁰⁶.

Tecnicamente, portanto, a noção de justa causa é amplíssima. As expressões *razão justa* e *título legítimo*, utilizadas por Orlando Gomes, são interpretadas das mais diversas maneiras pela doutrina, havendo, uma tendência a interpretar-se o requisito de forma extensiva. Assim, após aprofundado levantamento das diversas correntes doutrinárias acerca do tema, Giovanni Ettore conclui que seriam hipóteses “possíveis para caracterizar a justa causa para o enriquecimento”⁶⁰⁷, um ato jurídico, um negócio jurídico,

⁶⁰² Giovanni Ettore fala ainda em (iv) nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e (v) a subsidiariedade da ação de enriquecimento (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 253). Tendo em vista os objetivos deste trabalho, optamos por uma classificação simplificada.

⁶⁰³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa*, p. 58.

⁶⁰⁴ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 173, 1953. p. 19.

⁶⁰⁵ Contudo, de acordo com Agostinho Alvim, “não é necessário que o patrimônio do empobrecido registre propriamente uma baixa de valor, que pode não existir, por exemplo, no caso dos serviços prestados. Vem daí o dizer-se que o empobrecimento é requisito que excepcionalmente pode faltar; ou então devemos dar ao termo um sentido que foge ao conceito que ele tem na teoria do patrimônio” (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa, p. 21).

⁶⁰⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 295.

⁶⁰⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 291.

a lei, um regulamento, ou até mesmo uma *sentença* ou *decisão judicial*. Ainda mais longe vai Inocêncio Galvão Telles, ao indicar que a verificação da causa de enriquecimento deve remontar à verificação da “vontade profunda da lei”⁶⁰⁸.

Por isso, concordamos com Giovanni Ettore quando afirma que “o enriquecimento sem causa é um elo de ligação entre a hipótese concreta em análise e o conceito de justo e equilibrado, balanceado pelos elementos norteadores da ordem jurídica brasileira, especialmente os princípios de liberdade, justiça social, solidariedade, dignidade da pessoa humana e função social do contrato”⁶⁰⁹. Portanto, quando se entende o enriquecimento sem causa como princípio, a causa buscada não é firme: não se exige necessariamente a existência de texto normativo expresso e específico autorizando o deslocamento patrimonial. O que se exige é que a causa do referido deslocamento patrimonial seja razoável e condizente com o senso geral de justiça.

2.3.2. As diversas causas do enriquecimento gerado pela indenização punitiva

Embora seja indubitoso o deslocamento patrimonial no caso do pagamento da indenização punitiva – o que, tecnicamente, configuraria o binômio enriquecimento-empobrecimento – não é correto dizer que tanto ocorre à revelia de uma causa justificadora. Parece-nos, ao contrário, existir não apenas uma, mas pelo menos três motivações a servir de *justa causa* para o referido deslocamento patrimonial.

As duas primeiras justas causas são de natureza técnica.

Em primeiro lugar, se, conforme demonstramos no item anterior, a doutrina entende que o conceito de justa causa deve ser interpretado extensivamente, então é mister reconhecer que o fundamento principal do enriquecimento da vítima decorre, assim como o próprio instituto da indenização punitiva, do princípio da dignidade da pessoa humana. A vítima enriquece porque há preceito constitucional fundamental, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal, que impõe a utilização da indenização punitiva como forma de prevenir danos e dissuadir condutas altamente reprováveis. O enriquecimento da vítima seria a consequência necessária para evitar mal maior: a violação à dignidade da pessoa humana. Tudo isso porque, conforme ensina Roberto Senise Lisboa, “o direito civil constitucional determina uma orientação diversa do modelo liberal clássico. Deixa de

⁶⁰⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 200.

⁶⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 357.

enaltecer o patrimônio e volta as suas atenções à dignidade humana, como princípio fundamental da República”⁶¹⁰.

Em segundo lugar, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “a [própria] sentença de um juiz [...] é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”⁶¹¹. E completa a autora: “O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido”⁶¹². É esse também o entendimento de Júlio Manuel Vieira Gomes, para quem “a causa de um enriquecimento pode consistir [...] [n]uma sentença ou decisão judicial”⁶¹³. Assim, uma simples sentença judicial condenando o réu ao pagamento de indenização punitiva já seria suficiente para caracterizar, ao menos do ponto de vista formal, *justa causa* para o enriquecimento da vítima. Bastaria que a sentença, bem motivada pelo magistrado, demonstrasse claramente os fundamentos legais da condenação em indenização punitiva, tal como já formulamos anteriormente.

Não há, contudo, apenas argumentos técnicos que caracterizam *justa causa* para o enriquecimento decorrente da indenização punitiva. O argumento material que, nos casos de indenização punitiva, impõe o “enriquecimento” da vítima em quantia superior aos danos materiais ou morais funda-se na ideia de que, nesses casos, a vítima atua como verdadeira *defensora do interesse público*, ou, utilizando-se a expressão consagrada pelo direito norte-americano, como verdadeiro *private attorney general*⁶¹⁴.

É notório que o Estado não pode conhecer, investigar e levar a juízo todos os casos de lesões a interesses públicos. Há uma impossibilidade prática, decorrente dos escassos recursos humanos e financeiros da Administração. Nessa medida, a participação do cidadão comum nesse processo, como *defensor do interesse público*, é de extrema valia. No entanto, postular em juízo é, por vezes, extremamente oneroso: deve-se arcar com os custos da preparação para o processo (investigações preliminares), os honorários

⁶¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, p. 266.

⁶¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 302.

⁶¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 302.

⁶¹³ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 471 *Apud* NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 290.

⁶¹⁴ *Private attorney general*, no contexto da indenização punitiva, é uma expressão utilizada para definir: “private attorneys whose work for private clients contributes to the public interest by supplementing the government’s enforcement of laws and public policies” (RUBENSTEIN, William B. On what a “private attorney general” is – and why it matters. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 57, n. 6, nov. 2004. p. 2.146). Nos Estados Unidos, a função de *private attorney general* é exercida tanto por delegação expressa do Estado (como, por exemplo, em matéria de direito ambiental que, em regra, pode ser defendida por qualquer cidadão), como incidentalmente, por advogados que trabalham para clientes cujas ações individuais envolvem questões de essencial relevância para o interesse público (RUBENSTEIN, William B. On what a “private attorney general” is, p. 2.147).

advocatícios, os custos do processo etc⁶¹⁵. Por isso, caso deseje a presença de *defensores do interesse público*, o Direito deve estimular tal conduta.

Como destacam Michael Rustad e Thomas Koenig, “a possibilidade de receberem uma indenização punitiva encoraja as vítimas a agirem como ‘*defensores do interesse público*’ e proporciona incentivos para as vítimas ajuizarem ações em situações em que a conduta tenha causado um dano diluído”⁶¹⁶. Ainda de acordo com os autores “a indenização punitiva permite que sejam propostas ações que, provavelmente, seriam muito custosas para um autor comum, e ela serve de ‘recompensa’ para o referido autor”⁶¹⁷.

Assim, se por um lado a indenização punitiva estimula a propositura de ações desejáveis do ponto de vista social, ela funciona para remunerar o cidadão comum que, no caso concreto, atua como *defensor do interesse público*, fazendo as vezes do “Ministério Público”, e obtém provimento jurisdicional de impacto para toda a sociedade. O enriquecimento gerado pela indenização punitiva, portanto, tem como uma de suas *justas causas*, a remuneração do cidadão comum que desempenha, no caso concreto, a função de *defensor do interesse público (private attorney general)*.

Não há, como visto, razão para falar-se em enriquecimento sem causa, uma vez que se identificam pelo menos três justas causas para o enriquecimento provocado pela indenização punitiva. Parece-nos, assim, que a inquietação da doutrina acerca da indenização punitiva decorre mais de um (in)explicável desconforto com o enriquecimento da vítima como resultado de uma ação de responsabilidade civil, do que de fundamentos técnicos que efetivamente associem este enriquecimento com uma violação ao princípio do enriquecimento sem causa.

Como explica Daniel de Andrade Levy, há uma “cisão social marcante”⁶¹⁸ entre a cultura brasileira e a cultura norte-americana: a “maior influência das idéias católicas nos povos latinos, sobretudo no Brasil”⁶¹⁹. Enquanto nos Estados Unidos, majoritariamente protestante, a ideia do lucro é bem aceita, no Brasil há, ainda, a noção inconsciente do lucro como pecado. Esse antagonismo remonta a Lutero e à ascensão da burguesia no fim

⁶¹⁵ RABKIN, Jeremy A. *The Secret Life of the Private Attorney General. Law & Contemporary Problems*, Carolina do Norte, v. 61, 1998. pp. 194-195.

⁶¹⁶ No original: “*The possibility of being awarded punitive damages encourages plaintiffs to act as ‘private attorneys general’ and provides incentive for plaintiffs to sue in instances where conduct has caused widespread harm*” (RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards*, p. 1322).

⁶¹⁷ No original: “*Punitive damages permit the litigation of claims that might otherwise be too expensive for an individual plaintiff to prosecute, and they serve as ‘bounty’ for the plaintiff*” (RUSTAUD, Michael; KOENIG, Thomas. *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards*, p. 1323).

⁶¹⁸ LEVY, Daniel de Andrade. *Uma visão cultural dos punitive damages*, p. 23.

⁶¹⁹ LEVY, Daniel de Andrade. *Uma visão cultural dos punitive damages*, p. 23.

da Idade Média. Enquanto a igreja católica ainda condenava o lucro e a usura, por pregar o *justo preço*, a igreja luterana estimulava o lucro como resultado do trabalho.

No entanto, ainda que se respeitem essas diferenças culturais, acreditamos que o desconforto da doutrina acerca do enriquecimento da vítima não deve levar a uma discussão acerca da legalidade ou legitimidade da indenização punitiva, em razão de enriquecimento sem causa. O mais indicado seria que tal discussão girasse em torno da questão da destinação dos valores oriundos da indenização punitiva.

2.3.3. A destinação do valor pago a título de indenização punitiva

A destinação dos valores pagos a título de indenização punitiva é certamente uma das questões mais debatidas a respeito do instituto. Tanto críticos como defensores da indenização punitiva divergem acerca deste aspecto, sendo possível encontrar as mais variadas posições doutrinárias. Para fins didáticos, é possível, com algum esforço, aglutinar os doutrinadores em basicamente três grandes grupos: (i) os favoráveis à destinação completa (ou substancial) da indenização punitiva às vítimas; (ii) os favoráveis à destinação completa da indenização punitiva a fundos ou associações de alguma forma relacionados ao caso concreto; e (iii) os partidários de uma solução mista, que prestigie vítimas e fundos/associações, com a destinação parcial da indenização punitiva a cada um desses grupos.

No primeiro grupo inclui-se Edgardo López Herrera, que sintetiza muito bem a posição da doutrina favorável à destinação completa à vítima:

Se não se destina a totalidade da indenização punitiva para a vítima, ou ao menos a maior parte dela, o incentivo se perde e não há interesse direto no litígio. É que uma demanda por danos punitivos, implica não somente um grande investimento de tempo e dinheiro, mas também uma gama de ódios, rancores e sentimentos de vingança. Significa a exposição a riscos por parte dos seus propositores. Riscos não somente econômicos, mas profissionais, pela reputação que se coloca em jogo ao iniciar este tipo de demanda e, quem sabe, até mesmo pessoais, tendo em vista os interesses em jogo. Supor que alguém passará por tantas adversidades para que o grande prêmio seja levado por outro, é no mínimo uma grande ingenuidade⁶²⁰.

⁶²⁰ No original: “Si no se destina la totalidad de la indemnización punitiva a la víctima, o al menos la mayor parte de ella, el incentivo se pierde y directamente no hay interesados en el litigio. Es que un juicio por daños punitivos, implica no sólo una gran inversión de tiempos y dinero, sino el granjeo de odios, rencores y ánimos de venganza. Significa la exposición a riesgos por parte de sus iniciadores. Riesgos no sólo económicos, sino profesionales, por la reputación que se pone en juego al iniciar este tipo de juicios y quién sabe si no personales por los intereses que se tocan. Suponer que alguien sufrirá estas horcas caudinas para que el gran premio se lo lleve otro, es cuando menos un pecado de inocencia” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 310).

No extremo oposto, defendendo a destinação completa a fundos e associações de interesse público, a lista é mais ampla. Maria Celina Bodin de Moraes, Caroline Vaz, Diogo Machado de Melo e Jeffrey Grube são apenas alguns exemplos de autores que acreditam que a destinação de valores à vítima ou (i) seria ilegal, por caracterizar enriquecimento sem causa; ou (ii) seria inadequada, por apresentar resultados insatisfatórios.

Maria Celina Bodin de Moraes defende que, nas hipótese em que fosse cabível a indenização punitiva, “o valor a maior da indenização, a ser pago ‘punitivamente’, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados”⁶²¹. No mesmo sentido Caroline Vaz, para quem, no Brasil, “diferentemente do que ocorre em alguns países que adotam as prestações em comento, como na *Common Law*, o valor com tais finalidades será destinado a fundos (instituições governamentais ou não), [...] quando o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública aborda expressamente esta possibilidade”⁶²².

Diogo Leonardo Machado de Melo defende posição significativamente mais ampla, baseada na interpretação extensiva do artigo 883, parágrafo único, do Código Civil. Defendendo a destinação do montante completo da indenização punitiva a fundos de interesse público, o autor defende uma “‘postura criativa’ também nos casos de satisfação pecuniária de danos morais, nas quais, para atender a solidariedade, a justiça distributiva e o próprio conteúdo da dignidade, [...] [seria cabível] destinar parte da indenização (concedida a título de punição) para entidades de fins sociais ou beneficentes, aplicando-se analogicamente a proposta estatuída no art. 883, parágrafo único, do CC”⁶²³. O autor argumenta que a interpretação do artigo 883, parágrafo único, do Código Civil⁶²⁴, à luz dos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, seria suficiente para ampliar sua aplicação para os campos da responsabilidade civil, autorizando a destinação da indenização punitiva, genericamente, a fundos e associações beneficentes⁶²⁵.

⁶²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 263.

⁶²² VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, pp. 86-87.

⁶²³ MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais, p. 116.

⁶²⁴ “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

⁶²⁵ MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais, pp. 116-118. A dedução, contudo, não nos parece tão óbvia, merecendo estudo mais aprofundado pela doutrina. O tema, no entanto, extrapola os limites deste trabalho.

O norte-americano Jeffrey Grube, por sua vez, defende a destinação de valores a fundos estatais não por uma questão de legalidade, mas por sustentar que “os benefícios de destinar a indenização punitiva ao Estado são significantes e as desvantagens transponíveis”⁶²⁶. De acordo com Grube, a destinação da indenização punitiva a fundos estatais seria a única forma de efetivamente compensar os danos sociais causados pelas condutas punidas. Para que as vítimas continuassem encorajadas a ingressar com tais demandas, Gruber argumenta que seria suficiente a compensação da vítima pelos honorários de seu advogado. Assim, entende o autor que, “com essa pequena modificação no sistema atual, incentivos adequados seriam criados para todas as partes envolvidas. Ofensores ainda seriam condenados a pagar indenização punitiva, atingindo a finalidade preventiva do instituto, vítimas não receberiam indenizações excessivas e a sociedade seria a vencedora”⁶²⁷.

Por fim, existe o grupo dos que defendem um sistema misto, composto por autores como Matilde Zavala de González, Rodolfo Martín González Zavala e Demetrio Alejandro Chamatropulos. É neste grupo que nos situamos.

De acordo com Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González Zavala, o sistema ideal de destinação dos valores da indenização punitiva é um sistema misto, em que “uma parte importante” da indenização seja destinada à própria vítima, mas em que, também, “alguma porção destine-se a fins comunitários: entidades de bem público, investigação científica de eventos lesivos análogos, fundos de garantia para outras vítimas, diante da insolvência dos causadores de danos...”⁶²⁸.

⁶²⁶ No original: “the benefits of awarding punitive damages to the state are significant and the problems surmountable” (GRUBER, E. Jeffrey. *Punitive Damages: A Misplaced Remedy*. *Southern California Law Review*, Califórnia, v. 66, 1992-1993. p. 844).

⁶²⁷ No original: “If they do serve as a remedy, they remedy harm to society as a whole, not harm to civil plaintiffs who are otherwise compensated to the extent society chooses to compensate them. When paid to civil plaintiffs, punitive damages are a windfall and are to that extent ‘misplaced.’ I advocate a cleaner system. Let plaintiffs receive just compensation and no more. Plaintiffs’ attorneys can argue the case for punitive damages and be paid a reasonable fee for their services - let the State or a state fund retain the rest. With these slight modifications to current practice, proper incentives should be created for all parties involved. Defendants will still be assessed punitive damages, thus achieving deterrence, plaintiffs will not receive windfall recoveries, and society will be the winner” (GRUBER, E. Jeffrey. *Punitive Damages: A Misplaced Remedy*, p. 880).

⁶²⁸ No original: “Sin embargo, nos pronunciamos en favor de la legitimación de los damnificados y del cobro por éstos de la pertinente indemnización punitiva o, al menos, de una parte importante de ella (es decir, con eventual implantación de un sistema mixto, en el que alguna porción se destine a fines comunitarios: entidades de bien público, investigación científica de sucesos lesivos análogos, fondos de garantía para otras víctimas ante la insolvencia de los dañadores...). Como regla, la víctima no debe lucrar por el hecho lesivo; pero todavía más irritante es que el dañador sea quien lucre y que, además, permanezca en situación que nada le impida (a él y a otros) reiterar la actividad nociva. Ante el dilema entre “daños lucrativos” y “culpas lucrativas”, nos inclinamos en contra de estas últimas, que son más negativas, porque se cimentan en la causación de perjuicios inmerecidos y rentables para el dañador. Si la indemnización no contiene un

Demetrio Alejandro Chamatropulos, por sua vez, defende um sistema misto por acreditar trata-se de um modelo “mais equitativo”⁶²⁹. Concordando com Augusto R. Sobrino, Chamatropulos propõe um sistema em que 50% da indenização punitiva seja destinada à vítima, e os 50% restantes sejam destinados a “alguns dos bons fins”⁶³⁰ mencionados pela doutrina, a saber, fundos e associações beneficentes. O autor ressalta, contudo, que ainda que 50% pareça razoável, “também é possível aceitar que essa porcentagem seja inferior, caso se trate de uma condenação por indenização punitiva em montante de dinheiro muito considerável”⁶³¹.

De nossa parte, concordamos com a adequação do sistema misto, por entendermos que tal sistema tem o benefício de, ao mesmo tempo, (i) garantir a imposição da sanção ao causador do dano, tendo em vista o atingimento do nível ideal de *deterrence*; (ii) remunerar adequadamente a vítima que atua como *defensor do interesse público (private attorney general)*; (iii) destinar parte da verba punitiva, por meio de fundos públicos ou associações beneficentes, à verdadeira lesada – a sociedade; e (iv) evitar ganhos exagerados por parte da vítima.

Temos, no entanto, duas considerações: Em primeiro lugar, acreditamos que o percentual adequado para a divisão do montante punitivo deve ficar à total discricionariedade do magistrado. Isso porque, a depender do valor total da indenização punitiva, um determinado percentual previamente fixado poderá mostrar-se excessivamente alto ou baixo, a depender das peculiaridades do caso concreto. Em segundo lugar, com fundamento no princípio da legalidade, acreditamos que a destinação a fundos e associações só poderá ocorrer nos casos expressamente previstos em lei (por exemplo, nas hipóteses da Lei nº 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor). Ao menos por ora, faltam-nos argumentos para nos convenceremos quanto à validade da tese da aplicação extensiva do artigo 883, parágrafo único, do Código Civil. Não nos parece

ingrediente que obstaculice volver a dañar, si no se dismantelan las consecuencias ventajosas de conductas antijurídicas, se renuncia a la paz social. La prevención de los perjuicios, que constituye un objetivo esencial del derecho de daños, quedaría como enunciado lírico, privado de toda eficacia. Si la pena se socializa (percepción por el Estado), la institución pierde su fuerza, por tornarse de dudosa aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar su imposición. La realidad argentina demuestra la escasa represión de delitos no penados con penas privativas de libertad (cuyas acciones prescriben generalizadamente)” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. Indemnización Punitiva, p. 192).

⁶²⁹ No original: “más equitativo” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 224).

⁶³⁰ No original: “algunos de los buenos fines” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 224).

⁶³¹ No original: “un 50% sería algo razonable, aunque ese porcentaje podría acertarse que sea inferior, si se trata de una condena por daños punitivos por un monto de dinero muy considerable” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 224).

correto, igualmente, afirmar que a destinação genérica a fundos e associações decorreria, assim como a própria indenização punitiva, do princípio da dignidade humana. Isso porque, a nosso ver, a proteção à dignidade humana dá-se no momento da imposição da indenização punitiva e não no da determinação de sua destinação final.

2.4. Indenização excessiva

Um dos argumentos comumente levantados contra a indenização punitiva diz respeito à suposta excessividade do *quantum* indenizatório e aos efeitos disso decorrentes. Os advogados dessa tese defendem que o arbítrio de indenização punitiva em favor da vítima de ilícitos graves acabaria por: (i) representar violação ao princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*); e (ii) estimular a chamada *indústria do dano moral*.

2.4.1. Violação ao princípio da reparação integral

Em primeiro lugar, alegam os críticos que a indenização punitiva violaria o instituto da reparação integral porque o *quantum* indenizatório total (a soma dos danos materiais, morais e “punitivos”) não corresponderia ao exato valor do dano. De acordo com tais autores, o princípio da reparação integral, expresso na fórmula do artigo 944 do Código Civil, determinaria que a reparação deveria se dar na exata extensão do dano: nem mais, nem menos. Isso representaria uma proteção tanto para a vítima (que teria a garantia de, na medida do possível, ser restituída ao estado anterior ao dano), quanto para o causador do dano (que teria a segurança e a certeza de que sua responsabilidade não atingiria valores aleatórios).

Essa, no entanto, não nos parece a interpretação mais razoável. Como ensina Ramón Daniel Pizarro, “o dano em sentido jurídico, isto é, como um fato jurídico idôneo para provocar consequências ressarcitórias, é um conceito distinto do dano entendido como simples fenômeno material, de ordem física. Existe entre um e outro conceitos uma relação de espécie e gênero”⁶³². Assim, parece-nos que os crítico da indenização punitiva analisam a questão do ponto de vista da *espécie*, quando deveriam fazê-lo do ponto de vista do gênero. Explicamos: o princípio da reparação integral deve corresponder à reparação do

⁶³² No original: “El daño en sentido jurídico, esto es, como un hecho jurídico idóneo para provocar consecuencias resarcitorias, es un concepto distinto del daño entendido como simple fenómeno material, de orden físico. Media entre uno y otro concepto una relación de especie a género” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. Obligaciones. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. III. pp. 181).

dano jurídico e não do *dano fenômeno material*. Esta confusão aparentemente pequena, pode levar a resultados diametralmente opostos.

Conforme ensina Pizarro, uma coisa é determinar a existência e a extensão do dano, outra, muito distinta, é determinar a indenização adequada para esse dano⁶³³. Não há uma relação direta entre uma coisa e outra. Há, como diz Pizarro, uma tortuosa *relação de equivalência* entre o dano e a indenização, que deve ser analisada e traduzida em números com base nas peculiaridades do caso concreto:

Uma coisa é determinar a existência do dano e até onde se estende a obrigação ressarcitória e outra, diferente, é medir esse dano, tendo em vista traduzi-lo em uma indenização. Tratam-se de duas operações distintas, às quais se tem associado frequentemente este princípio da reparação plena ou integral, ainda que muitas vezes sem levar em conta aquela necessária distinção. Com efeito, uma vez determinados quais são os danos que o sistema considera ressarcíveis, o princípio da reparação plena ou integral geralmente será invocado, de uma maneira mais precisa e rigorosa, com *a necessidade de uma equivalência jurídica razoável entre o dano e a reparação* (Viney), pressupondo de tal modo uma avaliação em concreto (Lambert-Faivre, Roujou de Boubée). A ideia de equivalência, conforme veremos mais adiante, é a que gera maiores dificuldades, pois pode transitar desde uma equivalência econômica e rigorosa, até outras mais flexíveis, ponderada em função de elementos distintos⁶³⁴.

O racional mais tradicional para a definição da equivalência entre dano e indenização reside na noção de dano indenizável. De acordo com esse racional, só deve ser objeto de indenização o dano que for certo, atual e subsistente⁶³⁵. A análise de Pizarro - com a qual concordamos -, no entanto, não se limita a isso. Além de manter *relação de equivalência* com o dano jurídico, a indenização deverá corresponder à regra jurídica vigente: ou seja, a indenização será tanto maior ou menor que o dano quanto assim determinarem as regras jurídicas vigentes⁶³⁶.

⁶³³ PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 182.

⁶³⁴ No original: “Una cosa es determinar la existencia del daño y hasta dónde se extiende la obligación resarcitoria y otra, diferente, es medir ese daño, con miras a traducirlo en una indemnización. Se trata de dos operaciones distintas, a las que se ha asociado frecuentemente este principio de la reparación plena o integral, aunque muchas veces sin tener en cuenta aquella necesaria distinción. En efecto, una vez determinados cuales son los danos que el sistema considera resarcibles, el principio de la reparación plena o integral suele ser invocado, ya de manera más precisa y rigurosa, como la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación (Viney), presuponiendo de tal modo una evaluación en concreto (Lambert-Faivre, Roujou de Boubée). La idea de equivalencia, conforme habremos de verlo más adelante, es la que genera mayores dificultades, pues puede transitar desde una equivalencia económica y rigurosa, a otra mas flexible, ponderada en función de distintos elementos” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 182).

⁶³⁵ “Dano certo ou efetivo é aquele que se funda em um acontecimento preciso. Não há que se falar, pois, em dano hipotético ou eventual. Dano atual é aquele que exsurge do ato delituoso. O dano atual torna-se presente no momento da prática o ato ilícito, seja este pretérito ou não. A atualidade do dano, assim, se refere à época em que o ato ilícito deu causa ao prejuízo, e com ele não se confunde. Dano subsistente é aquele que ainda deve ser reparado” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, pp. 294-295).

⁶³⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 182.

Afinal, como bem explica Pizarro, “o princípio da reparação plena ou integral do dano não é absoluto, nem pode ser o único critério que um sistema jurídico adote”⁶³⁷. O princípio da reparação integral admite exceções e limitações. Exemplo claro de limitação ao princípio da reparação integral é aquele consagrado no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil brasileiro, que já tivemos a oportunidade de comentar. Ali, determina-se que, em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano, o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização. Ou seja, a *regra jurídica vigente* no Brasil é de que, verificados os requisitos do referido artigo 944, parágrafo único, o princípio da reparação integral deve ser mitigado. A *regra de equivalência* entre o dano jurídico e a indenização, nesse caso, deve sujeitar-se às seguintes variáveis: (i) o grau de culpa do causador do dano; (ii) a extensão do *dano fenômeno material*; e (iii) o adequado juízo de equidade.

Ainda nas palavras de Pizarro, outra possível exceção para o princípio da reparação integral encontra-se “[n]o outro extremo: a adoção de um sistema de penas privadas. Os danos punitivos”⁶³⁸. Assim, havendo fundamento legal para a imposição da indenização punitiva (e, como já demonstramos, esse fundamento existe no Brasil), não há razão para se falar em violação ao princípio da reparação integral. A *regra de equivalência* entre o dano jurídico e a indenização, nesse caso, deve sujeitar-se aos critérios para imposição da indenização punitiva, que analisaremos no subcapítulo seguinte.

Ademais, no caso da indenização punitiva, não há também que se falar em descumprimento do dever de reparar integralmente por um simples motivo: a indenização punitiva representa um *plus* na indenização por danos morais (e materiais, se e quando cabível). Ou seja: a vítima recebe indenização completa pelo dano sofrido. Nesse sentido, causa mais estranheza a regra do artigo 944, parágrafo único, que, se aplicada, deixa a vítima parcialmente não indenizada.

2.4.2. A chamada indústria do dano moral

Argumenta-se, ainda, que indenizações muito altas, que extrapolem o montante efetivo do *dano fenômeno material*, levariam à criação da chamada *indústria do dano moral*: diante da esperança de enriquecimento às custas de uma alta indenização, haveria

⁶³⁷ No original: “El principio de la reparación plena o integral del daño no es absoluto, ni puede ser el único criterio que un sistema jurídico adopte” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 182).

⁶³⁸ No original: “El otro extremo: La adopción de un sistema de penas privadas. Los daños punitivos” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 207).

um acelerado incremento no volume de ações indenizatórias não meritórias propostas perante nossos tribunais. Não acreditamos, contudo, ser essa uma consequência lógica da indenização punitiva. E pensamos assim particularmente por dois motivos: (i) porque parece já estar em curso uma crescente judicialização das disputas envolvendo o dano moral, muito antes de a jurisprudência vir a reconhecer maciçamente a indenização punitiva; e (ii) porque, de acordo com estudos empíricos realizados nos Estados Unidos - país que respira os *punitive damages* há muito tempo -, a indenização punitiva não deve representar, pelo menos na média, grande aumento no *quantum* da indenização por dano moral (ao contrário, há razões para acreditar que, *na média*, o caminho deverá ser o inverso).

Pesquisas realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça dão conta de que, apenas entre os anos de 2001 e 2005, a Corte experimentou um aumento de cerca de 700% no influxo de ações de indenização por dano moral⁶³⁹. O número é ainda mais impressionante se tomarmos como espaço amostral o período entre os anos de 1990 e 2005: aumento de 50.000%⁶⁴⁰. Ora, parece-nos claro que o processo de judicialização das demandas envolvendo dano moral já é crescente há muito tempo, não tendo qualquer relação com o advento da indenização punitiva. Parece-nos muito mais razoável afirmar que esse processo decorre muito mais da consagração e consolidação da reparação do dano moral no direito brasileiro, que ocorre desde 1988. É razoável argumentar, ainda, que a flexibilidade do conceito de dano moral pode ter uma importante participação nesse processo. O que não é razoável é associar um movimento “antigo” com um instituto novíssimo, sequer ainda efetivamente testado pelos nossos tribunais.

Ademais, a experiência norte-americana mostra que a indenização punitiva, por ser instituto de aplicação excepcional, não tende a representar grande impacto para o sistema de responsabilidade civil como um todo. Embora a imprensa costume associar a indenização punitiva a um exagerado volume de condenações milionárias, o fato é que pesquisas sérias indicam exatamente o oposto: os casos de *punitive damages* são poucos e as indenizações aplicadas, em média, muito razoáveis.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, estudos empíricos dão conta de que apenas cerca de 4,9% dos casos de responsabilidade civil ajuizados nos Estados

⁶³⁹ A Indústria do Dano Moral. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, v. 23, 2008. p. 52.

⁶⁴⁰ A Indústria do Dano Moral, p. 52.

Unidos gerariam condenações em *punitive damages*⁶⁴¹. Os estudos indicam, ainda, que o valor médio das condenações por *punitive damages* varia entre US\$38,000 e US\$50,000⁶⁴². Os números, como visto, são muito mais modestos do que aqueles inescrupulosamente divulgados pela imprensa. Assumindo que o mesmo cenário se replique no Brasil - o que parece razoável, desde que os critérios para imposição da indenização punitiva sejam criteriosamente observados pelo juízes brasileiros – não há razão para se temer um estímulo excessivo às ações indenizatórias não meritórias. E nem há que se argumentar acerca do eventual desapego dos juízes brasileiros aos critérios para a aplicação adequada da indenização punitiva. Isso porque, a eventual má prática jurisdicional não é argumento suficiente para afastar o reconhecimento de instituto sabidamente benéfico para a sociedade.

Ademais, como já tivemos a oportunidade de mencionar, acreditamos que, tendo em vista a excepcionalidade do instituto, uma aplicação correta da indenização punitiva tende (i) a uma redução, em média, dos valores das indenizações por dano moral; e (ii) a um aumento das indenizações apenas naquele pequeno número de casos que reuniriam as condições para a aplicação da indenização punitiva. Isso porque, com o reconhecimento da indenização punitiva, o caráter punitivo da indenização deixaria de caracterizar a pretoriana regra geral para cálculo do dano moral, tornando-se montante à parte, aplicável apenas em casos excepcionais. Não há, portanto, que se falar em indústria do dano moral.

2.5. Suposta violação ao princípio da legalidade

Ainda que superadas todas as questões anteriores, muitos argumentam que a indenização punitiva não encontraria lugar no ordenamento civil brasileiro por violar o princípio da legalidade e, mais especificamente, o subprincípio da anterioridade da pena. A nosso ver, esta é a questão mais desafiadora na defesa da indenização punitiva⁶⁴³.

⁶⁴¹ DANIELS, Stephen; MARTINN, Joanne. *Myth and Reality in Punitive Damages*, p. 31. O estudo fala, ainda, que somente 8,8% das ações procedentes incluiriam a condenação por *punitive damages*.

⁶⁴² LAYCOCK, Douglas. *Modern American Remedies*. 3ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2002. pp. 732-736.

⁶⁴³ Não à toa, a posição é defendida por autores do mais alto calibre, como Maria Celina Bodin de Moraes: “No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 260).

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal⁶⁴⁴, pode ser dividido em dois subprincípios⁶⁴⁵: o subprincípio da reserva legal e o subprincípio da anterioridade da lei penal. O primeiro (*reserva legal*) limita ao “estrito campo da lei [,] a existência do crime e sua correspondente pena”⁶⁴⁶; o segundo (*anterioridade*), por sua vez, exige “que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração”⁶⁴⁷. Trata-se, portanto, de preceito constitucional fundamental, que garante a todo cidadão o direito de não ser penalizado sem que haja lei anterior cominando uma pena para sua conduta.

Conforme temos argumentado, a nosso ver, a indenização punitiva retira seu fundamento legal de princípio constitucional e não de lei infraconstitucional específica. Assim, se admitirmos que o princípio expresso no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal aplica-se integral e irrestritamente à indenização punitiva, poderíamos estar diante de um obstáculo intransponível à aplicação do instituto no Brasil. Acreditamos, contudo, não ser esse o caso.

Com relação à análise da indenização punitiva *vis a vis* o princípio da legalidade, seguimos, na quase integralidade, o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade, no sentido de que o subprincípio da anterioridade da pena não representa óbice à indenização punitiva, por pelo menos dois motivos: (i) o subprincípio da anterioridade da pena não se aplica à indenização punitiva; e (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece sobre o subprincípio da anterioridade da pena⁶⁴⁸.

Destoamos do referido autor apenas no que diz respeito à utilidade de eventual norma infraconstitucional acerca do tema. Embora tenhamos convicção de que a indenização punitiva possua fundamento legal para sua aplicação imediata, e de que não encontre obstáculo intransponível no que diz respeito aos limites impostos pelo princípio da legalidade, acreditamos que a edição de norma específica acerca do tema poderia trazer benefícios para a aplicação do instituto. Em primeiro lugar, porque minaria, por completo, qualquer argumentação que tivesse por base o princípio da legalidade. Em segundo lugar, porque a norma poderia definir expressamente os critérios para a aplicação do instituto, delimitando positivamente a discricionariedade do juiz (tanto para obrigá-lo a aplicar a indenização punitiva em determinados casos, como para evitar a sua aplicação

⁶⁴⁴ “Art. 5º. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁶⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*, p. 57.

⁶⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*, p. 57.

⁶⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*, p. 57.

⁶⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, pp. 284-294.

inadequada). Em terceiro lugar, porque ampliaria a certeza e segurança jurídica do instituto.

2.5.1. Inaplicabilidade do subprincípio da anterioridade da pena no âmbito do direito civil

São dois os motivos pelos quais o subprincípio da anterioridade da pena não se aplica no âmbito do direito civil: (i) em primeiro lugar, porque o princípio da legalidade é atenuado quando aplicado fora do direito penal; (ii) em segundo lugar, porque as sanções pecuniárias não estão sujeitas às mesmas restrições impostas às sanções corporais, restritivas do direito à liberdade.

Como ensina Demetrio Alejandro Chamatropulos, “quando se aplicam sanções não penais, não é necessário que se descreva com suma precisão quais as condutas a castigar. Bastará dar ao juiz alguns parâmetros para que, observando-os, faça valer sua discricionariedade”⁶⁴⁹. E, no tocante à responsabilidade civil, conclui o autor, “rege um sistema de ‘atipicidade do ilícito’”⁶⁵⁰, na medida em que são sujeitos à sanção (*pagamento de indenização*) todos os atos que gerem danos.

De fato, não parece razoável que o princípio da legalidade (e, em especial, o subprincípio da anterioridade da pena), possua a mesma extensão tanto no âmbito penal como no âmbito civil. A rigor, a própria letra do artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal indica a vocação criminalista do princípio: não passa despercebido o fato de o dispositivo ter optado expressamente pelo termo “*crime*” – conceito vinculado exclusivamente ao Direito Penal - e não por outros de aplicação mais generalizada (p. ex. delito, infração, ilícito etc).

Ao que parece, o subprincípio da anterioridade da pena tem como função primordial a proteção do cidadão contra mandos e desmando do Estado, objetivando, nessa medida, evitar a imposição desarrazoada de medidas infamantes – notadamente as penas restritivas de liberdade - contra o cidadão⁶⁵¹. As penas civis (e as penas pecuniárias, em

⁶⁴⁹ No original: “*Sólo diremos que cuando se aplican sanciones no penales no hace falta que se describa con suma precisión cuáles son las conductas a castigar. Bastará solamente con darle al juez ciertos parámetros para que, observando éstos, haga valer su discrecionalidad*” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 171).

⁶⁵⁰ No original: “*Es decir, rige un sistema de ‘atipicidad del ilícito’*” (CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*, p. 170).

⁶⁵¹ STARCK, Boris. *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947. p. 383.

geral) não possuem essa característica infamante, desonrosa e, portanto, é justo que sejam submetidas ao que Suzanne Carval chama de “legalidade atuada” (*légalité atténuée*)⁶⁵². De acordo com a autora, há diversos graus de aplicação do princípio da legalidade, variando em função das sanções aplicadas por cada sistema⁶⁵³: em razão dos impactos sociais que podem causar, sistemas que aplicam sanções mais rígidas devem sujeitar-se a uma forma estrita do princípio da legalidade; por outro lado, sistemas que utilizam sanções mais brandas, devem sujeitar-se a uma forma atenuada do princípio da legalidade. É isso o que diz a autora:

Será que isso significa que ela [pena privada] deve, assim como a sanção penal, ser imposta apenas por ocasião de um ilícito civil cujo conteúdo tenha sido precisamente definido por um texto? Pensamos que não. De fato, há vários graus possíveis na aplicação do princípio da legalidade dos delitos e das penas - a ponto de, inclusive, ser melhor falar *dos* princípios da legalidade - e não é inconcebível que, desenvolvido estritamente para um sistema repressivo tão severo como o do direito penal, ele [princípio da legalidade] se sujeite a uma aplicação mais flexível em sistemas que, tal como os de sanções administrativas ou civis, são isentos de qualquer privação de liberdade. Convém, ainda, demonstrar uma realidade: o próprio direito penal, nos seus ramos chamados “técnicos” – direito penal ambiental, do consumidor, do urbanismo – não pôde se desenvolver a não ser ao preço de alguma “modificação da anterioridade legal”. Definição vaga ou “aberta” da infração, recurso à técnica da remissão, são mecanismos que visam a aumentar a eficácia da repressão nos domínios caracterizados pela natureza complexa e em constante mudança das normas. Seria difícil, portanto, exigir que as sanções extrapenais, que se desenvolvem precisamente nessas áreas, apliquem literalmente um princípio que o próprio direito penal fez sofrer graves entorses⁶⁵⁴.

Assim, parece-nos claro que o princípio da legalidade não deve aplicar-se aos diferentes ramos do direito da mesma forma. As peculiaridades de cada ramo (a saber, a natureza e a gravidade das condutas sancionadas e das sanções aplicadas) varia de forma tão significativa que não seria lógico vincular os diversos ramos a uma única regra geral.

⁶⁵² CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 383.

⁶⁵³ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 225.

⁶⁵⁴ No original: “Est-ce à dire qu'elle doive, à l'instar de la sanction pénale, n'être infligée qu'à l'occasion d'une faute civile dont le contenu serait précisément défini par un texte? Nous ne le pensons pas. Il y a, en effet, plusieurs degrés possible dans l'application du principe de légalité des délits et des peines – au point, d'ailleurs, qu'il vaudrait mieux parler des principes de légalité - et il n'est pas inconcevable que, strictement mis en œuvre dans un système répressif aussi sévère que celui du droit pénal, il fasse l'objet d'une application plus souple dans des systèmes qui, tels ceux des sanctions administratives ou civiles, sont exclusifs de toute privation de liberté. Il convient, par ailleurs, de faire preuve d'un certain réalisme: le droit pénale lui-même, dans ses branches dites ‘techniques’ – le droit pénal de l'environnement, de la consommation, de l'urbanisme – n'a pu se développer qu'au prix d'une certaine ‘altération du préalable légal’. Définition vague ou ‘ouverte’ de l'infraction, recours à la technique du renvoi, sont autant de mécanismes qui visent à accroître l'efficacité de la répression dans des domaines caractérisés par la nature complexe et changeante des réglementations. Il serait donc difficile d'exiger des répressions extra-pénales, qui se développent précisément dans ces domaines, qu'elles appliquent à la lettre un principe auquel le droit pénal fait lui-même subir de sérieuses entorses” (Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, p. 225).

Ademais, as origens históricas do princípio da legalidade vinculam-no claramente ao Direito Penal, haja vista tratar-se de instrumento de proteção dos cidadãos contra intervenções arbitrárias do Estado no direito à liberdade⁶⁵⁵. É exatamente esse o papel do tipo penal: “O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade”⁶⁵⁶.

O princípio da legalidade também não se aplicaria à indenização punitiva porque, como defende André Gustavo Corrêa de Andrade, “a sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submeteria a todas as restrições feitas às demais sanções penais, em especial às penas corporais”⁶⁵⁷. Tratando-se a indenização punitiva de pena pecuniária de natureza privada, tal conclusão a ela se estenderia, razão pela qual a indenização punitiva não estaria sujeita aos estreitos limites impostos pelo subprincípio da anterioridade da pena.

De acordo com Claus Roxin, o princípio da legalidade “serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, sem lei, ou baseada em lei imprecisa ou retroativa”⁶⁵⁸. E como bem demonstra André Gustavo Corrêa de Andrade, tais preceitos não parecem adequar-se, em geral, às sanções de natureza pecuniária e, em particular, à indenização punitiva.

Em primeiro lugar, não há que se falar em arbitrariedade. Conforme define o dicionário Michaelis⁶⁵⁹, arbitrário é o ato “resultante de arbítrio pessoal, ou sem fundamento em lei ou em regras”. E, como já se demonstrou, a indenização punitiva tem fundamento em lei: a Constituição Federal, “a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”⁶⁶⁰. É bem verdade que o fundamento que defendemos é um princípio constitucional e não uma regra específica, mas isso não parece ser relevante nem suficiente para tornar a indenização punitiva uma arbitrariedade. Isso porque, como ensina Robert Alexy, princípios e regras são igualmente normas e, como tal, constituem

⁶⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. pp. 141-144.

⁶⁵⁶ CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*, p. 57.

⁶⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 287.

⁶⁵⁸ No original: “el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. t. I, p. 137).

⁶⁵⁹ <http://michaelis.uol.com.br>, acesso em: 10 mar. 2013.

⁶⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 296.

fundamento legal para induzir comportamentos e condutas⁶⁶¹. O que diferencia princípios de regras é, normalmente, a generalidade das proposições (princípios são normas com alto grau de generalidade; regras são normas com baixo grau de generalidade); e a extensão do comando gerado por cada proposição (princípios são *mandados de otimização*, que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídica e fática”⁶⁶²; regras são *mandados definitivos*, que ordenam um determinado comportamento específico)⁶⁶³. Se a amplitude interpretativa de ambos é bastante distinta, a eficácia sobre o caso concreto não o é.

Em segundo lugar, não parece razoável “que o elemento surpresa possa constituir legitimamente um óbice à indenização punitiva”⁶⁶⁴. Conforme sustenta o autor, a surpresa é um elemento quase que inerente à responsabilidade civil. No tocante aos danos materiais, embora se diga que a indenização mede-se pela extensão do dano, tal extensão é, no mais das vezes, incalculável antes da ocorrência do ilícito. Por vezes, “a extensão do dano só é apurada ao longo do processo. E algumas verbas, como lucros cessantes, contêm uma considerável carga de subjetividade”⁶⁶⁵. Com relação aos danos morais, o elemento surpresa é ainda mais presente. Justamente porque o dano moral é *compensado e não reparado*, é praticamente impossível medir, *a priori*, sua correta extensão. Assim, seja na indenização por dano material, seja na indenização por dano moral, seja ainda na indenização punitiva, o elemento surpresa é sempre intrínseco ao campo da responsabilidade civil. E, de certa forma, o mesmo se dá com relação às sanções pecuniárias aplicadas no âmbito do direito penal. Afinal, os tipos penais não são específicos com relação à pena de multa, havendo apenas um dispositivo que atribui, genericamente, limites mínimo e máximo para a cominação de multas⁶⁶⁶. A fixação do *quantum*, no caso concreto, fica a cargo do juiz. Portanto, há também alguma atuação do elemento *surpresa* nas sanções pecuniárias aplicadas pelo Direito Penal.

Assim, seja porque o princípio da legalidade é atenuado no âmbito do direito civil, seja porque as sanções pecuniárias não estão sujeitas à toda a rigidez imposta pelo

⁶⁶¹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 44-48.

⁶⁶² ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, p. 47.

⁶⁶³ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 47-48.

⁶⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 287.

⁶⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 287.

⁶⁶⁶ Artigo 49, do Código Penal: “Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

princípio da legalidade (e, em especial, pelo subprincípio da anterioridade da pena), acreditamos que a indenização punitiva adéqua-se perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.5.2. Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana

Ainda que não se admitisse a aplicação atenuada do princípio da legalidade no âmbito do direito civil e das demais sanções pecuniárias, ainda assim a indenização punitiva adequar-se-ia ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, diante do conflito princípio da legalidade vs. princípio da dignidade da pessoa humana, é evidente que o segundo deve prevalecer.

Conforme ensina Robert Alexy, a solução de conflitos de princípios dá-se pela valoração de ambos diante do caso concreto. Há, nas palavras de Alexy, uma *relação de precedência* entre os princípios⁶⁶⁷. Com isso “se quer dizer que os princípios têm um *peso* diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”⁶⁶⁸. E, *no caso concreto da indenização punitiva*, não há dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece sobre o princípio da legalidade: enquanto o primeiro visa à proteção da essência do ser humano, por meio da prevenção de condutas ultrajantes do ponto de vista ético-moral; o segundo visa a proteger o autor de tais condutas de arbitrariedades e surpresas quanto à pena, algo que, como já demonstrado, não parece factível mesmo nas indenizações por dano material ou moral. E não poderia ser diferente pois, como já tivemos a oportunidade de mencionar anteriormente, nas palavras de Robert Alexy, “há um amplo grupo de condições de precedência nas quais há um alto grau de certeza de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade humana precede aos demais princípios propostos”⁶⁶⁹.

3. QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: A CULPA COMO CRITÉRIO PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Chegamos, assim, ao ponto de confluência de tudo quanto foi examinado ao longo deste trabalho. Se a prevenção de danos é uma demanda social atual; se a responsabilidade

⁶⁶⁷ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, p. 52.

⁶⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 280.

⁶⁶⁹ No original: “there is a very large set of conditions of precedence for the principle of human dignity together with a strong degree of certainty that when they are satisfied it takes precedence over other competing principles” (ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, p. 63).

civil tem como dever prevenir danos; se a indenização punitiva tem demonstrada capacidade preventiva; e, finalmente, se a indenização punitiva encontra espaço em nosso ordenamento jurídico, restam-nos as seguintes questões: Quais os critérios para decidir se o caso concreto demanda/admite a aplicação da indenização punitiva? Quais os critérios para a quantificação da referida pena privada?

Como pregam Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González Zavala, “o alcance da indenização punitiva deve ser razoável e prudente, de acordo com alguns critérios objetivos que impeçam decisões arbitrárias ou puramente emocionais”⁶⁷⁰. De fato, para que a indenização punitiva atinja os fins preventivo e dissuasório a que se propõe, é necessário que sua fixação obedeça a critérios mais ou menos rígidos, de modo a evitar a banalização do instituto.

Como já afirmamos anteriormente, tão ruim quanto ignorar a existência do instituto é utilizá-lo desmedida e exageradamente: o uso exagerado certamente levará à *overdeterrence*, com o consequente desestímulo de condutas socialmente desejadas. Imagine-se, a título exemplificativo, o efeito causado pelo uso desmedido da indenização punitiva no caso de ações de indenização por erro médico. Podemos imaginar duas situações: (i) primeiro, a aplicação de indenização punitiva em casos que não reúnem condições para tanto (por exemplo, casos em que o erro deu-se por culpa leve); e (ii) segundo, a fixação de indenização punitiva em valor extremamente exagerado, mesmo em casos que reúnam condições para a aplicação do instituto (por exemplo, a condenação em valor que leve o médico à beira da insolvência ou, nem tanto, em valor que seja totalmente desproporcional ao dano causado). Nos dois casos, é evidente que os efeitos da indenização superariam o da *adequada prevenção de danos*: com medo de se sujeitarem a indenizações tão elevadas, muitos médicos certamente deixariam, por exemplo, de realizar procedimentos cirúrgicos mais complexos. Esse medo generalizado levaria à chamada *overdeterrence* (hiperprevenção) de condutas socialmente desejadas. Nesse caso, a prevenção exagerada seria um mal maior a ser evitado.

Para evitar tais situações, é fundamental que a indenização punitiva seja aplicada apenas quando se tratar de conduta altamente reprovável, envolvendo alto grau de culpabilidade do ofensor, de modo a caracterizar violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, em qualquer uma de suas acepções. É fundamental, ainda, que, mesmo

⁶⁷⁰ “El alcance de la indemnización punitiva debe ser razonable y prudente, acorde con algunas pautas objetivas que marginen decisiones arbitrarias o puramente emocionales” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva*, p. 192).

nessa hipótese, os valores da eventual indenização punitiva sejam fixados criteriosamente, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A atenção aos critérios acima mencionados é particularmente importante porque, como aponta Ramón Daniel Pizarro, um “sistema adequado de penas privadas”⁶⁷¹: “permite punir eficazmente faltas graves”; “permite prevenir futuras faltas semelhantes, ante o temor da sanção”; “contribui para restabelecer o equilíbrio emocional da vítima”; “reflete a desaprovação social frente a faltas graves”; “protege o equilíbrio do mercado”; e “contribui para a remoção eficaz dos efeitos de certos ilícitos”.

3.1. Independência da indenização punitiva em relação à indenização por dano moral

Conforme mencionamos diversas vezes ao longo deste trabalho, a indenização punitiva não se confunde com a indenização por dano moral. A primeira volta-se para a figura do causador do dano, buscando puni-lo e dissuadi-lo do intuito de reincidir em conduta altamente reprovável. A segunda tem como foco a vítima, buscando tão somente compensá-la pelos danos sofridos. Tratam-se, como visto, de instrumentos distintos, com finalidades díspares.

Apesar disso, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a equivocada noção de que a indenização por dano moral deve pautar-se pelo chamado binômio compensação/dissuasão. Esse pensamento é muito bem traduzido pelo já comentado Projeto de Lei nº 699/2011 (antigo Projeto Fúza), que propõe a inclusão de um §2º ao artigo 944 do Código Civil, com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Regina Beatriz Tavares da Silva, grande defensora do caráter dissuasório da indenização por dano moral, e idealizadora do referido §2º, assim resume a questão:

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se

⁶⁷¹ No original: “*Para que sirva un sistema adecuado de penas privadas*”: “*permite punir eficazmente graves inconductas*”; “*permite prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción*”; “*contribuye a restablecer el equilibrio emocional de la víctima*”; “*refleja la desaprobación social frente a graves inconductas*”; “*protege el equilibrio de mercado*”; e “*nuestra opinión: contribuye al desmantelamiento eficaz de los efectos de ciertos ilícitos*” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, pp. 247-248).

aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo”⁶⁷²

Seguindo a mesma linha, Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho concluem que, no tocante à indenização por dano moral, “não se trata, portanto, de criar um sistema de equivalência, mas, sim, de impor uma reparação que alcance a satisfação do lesado e a punição do causador do dano na justa medida”⁶⁷³.

A tese do binômio compensação/dissuasão remonta ao período que antecedeu à Constituição de 1988, quanto a indenização do dano moral, por falta de regulamentação expressa, era ainda bastante limitada. Assim, para evitar injustiças, juristas buscavam os mais diversos fundamentos para garantir a indenização, tão completa quanto possível, do dano moral. Como ensina Clóvis do Couto e Silva, “a indenização em matéria de dano moral, no Direito brasileiro, antes da Constituição de 1988, obedecia a dois princípios: o da indenização mesma, embora limitada, e o da ‘providência punitiva’, pois ela se fazia necessária somente para não deixar sem reparação a ofensa”⁶⁷⁴. Parece estar aí o germe da confusão doutrinária acerca do real significado da função preventiva da indenização por dano moral.

Fato é que a tese do binômio compensação/dissuasão continua a prevalecer no Superior Tribunal de Justiça. Conforme indica o ilustre Ministro Sidnei Beneti, em decisão de setembro de 2012, “a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza”⁶⁷⁵. E essa confusão não é *privilégio* de nossos tribunais. Utilizando-se da suposta *elasticidade do conceito de dano moral*⁶⁷⁶ as Cortes alemã e francesa também caminharam no sentido de

⁶⁷² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao artigo 944 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 842.

⁶⁷³ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; FILHO, Sergio Cavalieri. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII. p. 351.

⁶⁷⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 232.

⁶⁷⁵ AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO E ATRASO DE VOO. VALOR DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com temperança. 2.- As circunstâncias da lide não apresentam nenhum motivo que justifique a fixação do quantum indenizatório em patamar elevado, devendo, portanto, ser reduzido para se adequar aos valores aceitos e praticados pela jurisprudência desta Corte. 3.- Agravo Regimental improvido. (*Superior Tribunal de Justiça*. AgRg nos EDcl no AREsp 165.515/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 20/9/2012, DJe 8/10/2012).

⁶⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 212.

fixar a indenização daquele tipo de dano com base nos equivocados critérios que indicam a necessidade de compensação da vítima e dissuasão do ofensor⁶⁷⁷.

Há, aqui, uma clara confusão quanto ao real sentido da, de fato existente, *função dúplice da indenização por dano moral*. A *função dúplice* que aqui se fala decorre diretamente de algo mais amplo: a *função dúplice da própria responsabilidade civil*. Conforme já tivemos a oportunidade de discorrer no capítulo I acima, a responsabilidade civil acumula as funções compensatória e preventiva. E essas funções expressam-se tanto na indenização por dano moral quanto na indenização por dano material.

O que se esquece é que tais funções são *implicações automáticas do sistema de responsabilidade civil*. Isso quer dizer que “[c]ada vez que é determinada uma indenização ao réu, essa sanção deveria servir não só para ressarcir os prejuízos da vítima, mas também para ameaçar com a aplicação dessas penas o culpado e o resto da sociedade”⁶⁷⁸. É nesse sentido a lição de Clóvis do Couto e Silva, em artigo publicado em 1991 (quando o debate acerca da indenização punitiva era, ainda, totalmente inexistente, e sequer muito se havia estudado sobre o então novo núcleo axiológico do direito brasileiro):

Um princípio importante em matéria de responsabilidade civil é o princípio da prevenção. A reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com *exemplary damages* da *common law*. Mas a medida da indenização detém, por igual, a função do elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção⁶⁷⁹.

Como visto, a confusão conceitual que fazem alguns é achar que o atendimento da *função dúplice da indenização por dano moral* dependeria da majoração do *quantum* meramente compensatório. É acreditar que a dissuasão seria critério para quantificar o

⁶⁷⁷ DAM, Cees van. *European Tort Law*. Nova York: Oxford University Press, 2006. pp. 303-306. Após examinar a questão da quantificação dos danos morais na Alemanha e na França, Cees van Dam apresenta a seguinte conclusão: “*The fact that a damages award may have a punishing and preventive function is a typical example of the application of the principle of corrective justice (nr 609). It also shows that there is only a thin line to be drawn between tort law and criminal law. Although there is much more to say about the differences and commonalities between these areas of the law, two remarks will be made here. Firstly, aspects of punishment and prevention in tort law particularly play a role in cases (protection of privacy, honour, and reputation) in which criminal rules are usually of modest importance. Rules of privacy, honour, and reputation are effectively enforced by tort law and a collision or an accumulation of punishing sanctions (civil and criminal) will generally not occur. Secondly, damages awards in these areas are often paid from the defendant’s own purse rather than by his liability insurer. The latter is the usual situation in personal injury cases and, hence, in this area the punishing function of the damages award does not play a significant role*” (Ibidem, p. 1202).

⁶⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 83. Tomamos a liberdade de repetir esta citação, pois acreditamos que a clareza com que ela aborda a questão é fundamental para elucidar o ponto que pretendemos demonstrar.

⁶⁷⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado, p. 227.

dano moral quando, na verdade, ela deve ser um dos resultados naturais da simples compensação do dano moral.

Mas não é difícil entender o motivo desta confusão. Como discorrermos no capítulo I acima, o fato é que *função preventiva automática da responsabilidade civil não tem se mostrado muito eficaz*, especialmente no tocante às indenizações por dano moral. Como àquela altura ponderamos, seja em razão do advento do seguro de responsabilidade civil, seja em razão do baixo valor habitualmente atribuído à compensação do dano moral, a verdade é que a mera compensação do dano não tem produzido efeitos preventivos satisfatórios. É por isso que alguns autores, a nosso ver equivocadamente, passaram a advogar a tese de que o dano moral deveria ser quantificado de forma a constituir-se não apenas em compensação ao lesado, mas também em desestímulo ao lesante. A dissuasão do ofensor passou, assim, a ser um critério amplamente aceito para a fixação da indenização por dano moral.

Alguns autores, como Anderson Schreiber, defendem que a “elasticidade da indenização por dano não patrimonial autoriza soluções mais simples, mais adequadas e mais eficientes”⁶⁸⁰ que a indenização punitiva. Não entendemos assim. Em sentido diametralmente oposto, acreditamos que o binômio compensação/dissuasão, além de incorreto do ponto de vista estritamente técnico, presta um enorme desserviço tanto para a indenização por dano moral, quanto para a indenização punitiva. A nosso ver, a indenização do dano moral não é tão *elástica* a ponto de compreender funções absolutamente antagônicas.

De um lado, a referida confusão conceitual *impede o exato dimensionamento da indenização por dano moral* e, conseqüentemente, *obsta a reparação integral do dano* que, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “parece ser a medida, necessária e suficiente, para proteger a pessoa humana nos aspectos que realmente a individualizam”⁶⁸¹. O óbice se dá na medida em que o tal *binômio compensação/dissuasão* torna impossível determinar quanto da indenização se destina à reparação do dano e quanto se destina à punição. Como ensina Maria Celina Bodin de Moraes, a reparação integral do dano moral só será atingida se “apenas os elementos atinentes às condições pessoais da vítima e à dimensão do dano [...] [forem] levados em conta para, afinal, estabelecer-se a indenização”⁶⁸². A autora é categórica ao afirmar que “os critérios que não devem ser

⁶⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 212.

⁶⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 331.

⁶⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 332.

utilizados são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa”⁶⁸³.

De outro lado, a inclusão do valor da indenização punitiva no *quantum* destinado à indenização do dano moral reduz sensivelmente a utilidade do instituto como instrumento preventivo-dissuasório. “Não parece razoável que alguém seja punido, através de sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor da penalidade infligida”⁶⁸⁴. De fato, a indenização só atingirá sua finalidade preventivo-dissuasória se tanto o causador do dano como a sociedade em geral tiverem pleno conhecimento da penalidade aplicada. Como alguém pode ser punido eficazmente se não sabe o tamanho da sua punição? Além disso, a utilização da *dissuasão* como critério para a quantificação de todo e qualquer dano moral dá à indenização punitiva caráter geral, apesar de, conforme já discutimos, o instituto possuir natureza excepcionalíssima.

É por tudo isso que os montantes destinados à reparação do dano e à punição do ofensor devem ser hermeticamente separados. A sentença que reconhecer a presença, no caso concreto, dos requisitos para a aplicação da indenização punitiva deverá, em seu dispositivo, separar e identificar os montantes designados para a indenização do dano e para a punição do ofensor. Tal procedimento apresenta ao menos cinco importantes benefícios:

(i) Induz o juiz a realizar a adequada avaliação do dano moral e, conseqüentemente, a efetuar o correto dimensionamento da respectiva indenização. Isso porque o juiz deverá fixar a indenização do dano moral exclusivamente com base na dimensão do dano e nas condições pessoais da vítima;

(ii) Induz o juiz a aplicar a indenização punitiva apenas naquele reduzido número de casos que reúnem todas as condições necessárias à aplicação da pena, conferindo-se ao instituto o seu verdadeiro caráter excepcional;

(iii) Estimula o juiz a fixar adequadamente o *quantum* da parcela punitiva da indenização, com base em critérios técnicos, evitando, assim, análises aleatórias e avaliações de fundo emocional;

(iv) Facilita a eventual revisão da sentença (condenatória ou não) pelos tribunais superiores. Os tribunais poderão, mais facilmente, verificar se as indenizações (compensatória e punitiva) são efetivamente devidas e, em caso afirmativo, se os valores arbitrados são ou não condizentes com a natureza de cada uma delas; e

⁶⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 332.

⁶⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 328.

(v) Garante que cada tipo de indenização atinja plenamente sua função: a *função compensatória* (indenização por dano moral); e a *função preventivo-dissuasória* (indenização punitiva). No caso desta última, não há dúvidas de que a publicidade do valor especificamente destinado à punição do ofensor amplia significativamente a eficácia do instituto como instrumento dissuasório.

Note-se, por fim, que, como afirma André Gustavo Corrêa de Andrade, “nenhum obstáculo jurídico há na separação dos montantes indenizatórios”⁶⁸⁵, tal como acima sugerido. Havendo fundamento legal para a condenação de caráter punitivo, não há que se falar em ilegalidade do montante atribuído pela sentença à indenização punitiva. Bastará que a sentença seja devidamente motivada⁶⁸⁶, apontando claramente as razões pelas quais a indenização punitiva seria aplicável ao caso concreto.

3.2. Pressupostos para a aplicação da indenização punitiva

Como já se disse, a *indenização punitiva tem caráter excepcional*, ou seja, *não possui aplicação geral e irrestrita*. Não é, portanto, critério da indenização por dano moral, mas instituto autônomo – embora de natureza acessória –, com seus próprios fundamentos e critérios de aplicação e quantificação. São exatamente esses (rigorosos) critérios para a aplicação e quantificação da indenização punitiva que passaremos a estudar.

Como já era de se supor, após a aprofundada análise econômica que realizamos acerca dos *punitive damages*, no Capítulo III *supra*, é natural nossa intenção de importar algumas das conclusões ali obtidas, e traduzi-las em regras que possam tornar razoavelmente objetiva (e simples) a aplicação e a quantificação da indenização punitiva no Brasil.

No entanto, como já havíamos alertado em nossas conclusões parciais ao referido Capítulo III, a análise econômica – extremamente lógica e racional – pode levar, em alguns casos, a resultados injustos. Por isso, as conclusões obtidas por meio de uma análise econômica do direito devem ser ponderadas e relativizadas, com o objetivo de se atingir resultados adequados não apenas do ponto de vista econômico, mas também ético, jurídico e social.

⁶⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 300.

⁶⁸⁶ O princípio da motivação das decisões judiciais está consagrado na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Por tudo isso, embora boa parte dos critérios a seguir enunciados tenham como inspiração o já estudado sistema proposto por Polinsky e Shavell⁶⁸⁷, propomos, de plano, uma inversão axiológica significativa: a nosso ver, o pressuposto fundamental para a imposição da indenização punitiva não será a possibilidade de detecção do ilícito, mas sim o alto grau de culpabilidade do ofensor, com a consequente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. A probabilidade de detecção do ilícito não deixa de ser importante, mas, em nossa proposta, aparece como elemento para o cálculo da indenização punitiva.

Nossa opção decorre da necessidade de harmonização da análise econômica com aspectos de ordem ético-jurídico-social. Em primeiro lugar, a indenização punitiva só terá fundamento legal, no Brasil, se destinada à proteção da dignidade da pessoa humana. Por isso, embora a *chance de escapar do dever de indenizar* (*chance of escapem liability*, nas palavras de Polinsky e Shavell) possa, muitas vezes, configurar violação à dignidade da pessoa humana – especialmente na sua perspectiva de solidariedade social –, é possível imaginar hipóteses em que isso não ocorra. Assim, a dignidade humana terá sido violada, por exemplo, quando um fornecedor, sabendo da baixa probabilidade de ser acionado pelos danos causados por um determinado produto, deixa *intencionalmente* de investir na segurança daquele produto. Mas a dignidade humana não terá sido violada se aquele mesmo fornecedor, ainda ciente da baixa probabilidade de ser acionado pelos danos eventualmente causados por seu produto⁶⁸⁸, adotar todas as medidas *possíveis* para garantir a segurança do produto mas, ainda assim, colocar no mercado produto que, meses depois, descobre-se defeituoso. Neste último caso, ainda que se discuta a possibilidade de indenização por danos materiais e/ou morais por risco do desenvolvimento⁶⁸⁹, não há que se falar em indenização punitiva, pois não há culpa grave do ofensor a justificar a violação ao princípio da dignidade humana. No entanto, se adotássemos completamente o sistema

⁶⁸⁷ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis.

⁶⁸⁸ Lembrando que, pelo critério de Polinsky e Shavell não há necessidade de que o causador do dano tenha conhecimento da baixa probabilidade de detecção do ilícito ou, ainda, que, conhecendo tal informação, venha a agir deliberadamente com o intuito de escapar do dever de indenizar. Se fizer isso, no entanto, certamente o multiplicador de *punitive damages* será maior, porque menor será a probabilidade de detecção do ilícito.

⁶⁸⁹ Conforme já dissemos em outra oportunidade, “pela clássica definição de Antônio Herman Benjamin, risco do desenvolvimento ‘é aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto ou do serviço’. Trata-se do risco em potencial que a introdução de novas tecnologias pode trazer à sociedade: tanto aos que desenvolveram a tecnologia como àqueles que dela apenas farão uso” (GRANJA, Rubens. Risco do Desenvolvimento: causa ou excludente de responsabilidade civil? In: ZANETTI, Andrea; FEFERBAUM, Marina (Coords.). *Direito dos Negócios em Debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 489).

de Polinsky e Shavell, teríamos que defender a imposição de indenização punitiva também neste caso, haja vista a baixa probabilidade de detecção do ilícito.

Em segundo lugar, seja pela origem histórica do instituto, seja por sua reconhecida função preventivo-dissuasória, a indenização punitiva só parece ter razão de ser se direcionada ao combate de condutas culposas amplamente repudiadas pela sociedade. Como já tivemos a oportunidade de sustentar, há um grande número de condutas que a sociedade busca a total erradicação: são exatamente essas as condutas que, por serem altamente culpáveis, reprováveis e indignas do ponto de vista ético-moral, devem ser objeto da indenização punitiva. É isso que indica o senso comum de justiça.

Por tudo isso, a indenização punitiva só poderá ser aplicada quando presentes os seguintes pressupostos: (i) indenização principal por dano material ou moral; (ii) conduta altamente culpável e reprovável; e (iii) violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2.1. Indenização principal por dano material ou moral

Conforme já dissemos, a indenização punitiva tem caráter acessório e, portanto, só poderá ser aplicada quando existente uma indenização principal, seja por danos morais ou por danos materiais.

As obrigações acessórias são assim definidas por Roberto Senise Lisboa: “As obrigações reciprocamente consideradas podem ser principais e acessórias. *Obrigação principal* é aquela cuja existência independe de qualquer outra. *Obrigação acessória* é aquela que depende da existência da obrigação principal, pois a ela se encontra vinculada”⁶⁹⁰.

A relação de dependência do acessório para com o principal faz com que a indenização punitiva siga a *condição jurídica* da indenização principal. Por isso, será inexigível a indenização punitiva quando, por exemplo, estiver prescrita a indenização principal. É o que se depreende da leitura de Maria Helena Diniz:

As obrigações principal e acessória regem-se pelos mesmos princípios norteadores das relações entre coisa principal e coisa acessória, daí estarem subordinadas ao preceito geral *accessorium sequitur naturam sui principalis*, ou seja, o acessório segue a condição jurídica do principal. Esse princípio produz os seguintes efeitos jurídicos: (...) c) a prescrição da principal afeta a da

⁶⁹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. v. 2, p. 117.

acessória (AJ, 96:105)⁶⁹¹.

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, é possível vislumbrar situações em que as peculiaridades do caso concreto demandem uma relativização desse caráter acessório da indenização punitiva. Isso ocorrerá, por exemplo, nos casos das microlesões (consideradas, muitas vezes, danos não indenizáveis) decorrentes de condutas altamente culpáveis. Mesmo nesses casos, contudo, seria necessária a condenação, ainda que simbólica, em danos materiais ou morais para que fosse possível o pleito por uma indenização punitiva. Como já tratamos deste assunto anteriormente, referimo-nos, neste ponto, ao item 1.3 deste mesmo Capítulo IV.

3.2.2. Conduta altamente culpável e reprovável

Conforme ensina Melvin M. Belli, ao discursar sobre os requisitos para a imposição dos *punitive damages* no Estados Unidos, “a indenização punitiva não será aplicada a menos que o causador do dano tenha agido com consciência da sua culpabilidade”⁶⁹². De fato, a *consciência da culpabilidade* parece ser elemento essencial para a aplicação da indenização punitiva também no Brasil. Isso porque, somente nesse caso é que a função preventivo-dissuasória do instituto parece revelar-se.

Embora já tenhamos analisado mais detidamente o conceito de culpa, convém mencionar a definição de Alvino Lima: “*culpa* é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”⁶⁹³. Ou seja, a noção de culpa está atrelada, inicialmente, a uma noção de moralidade; e, posteriormente, a um *standard* de conduta socialmente desejável. Assim, são consideradas culpáveis as condutas que, por se distanciarem dos padrões éticos da sociedade, deixam de representar o comportamento que se esperaria do chamado homem médio ou *bonus pater familias*.

Mas os desvios éticos não se dão de maneira linear. Por isso, uma análise *in concreto* das condutas dos indivíduos pode indicar comportamentos mais ou menos

⁶⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 22^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

⁶⁹² No original: “*Punitive damages are not recoverable unless the defendant has acted with the requisite state of mind*” (BELLI, Melvin M. *Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, p. 8).

⁶⁹³ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 76.

culpáveis. É nessa medida que se fala nos graus de culpa: dolo, culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. Os graus de culpa são assim delimitados por Ramón Daniel Pizarro:

O dolo delitual – elemento do delito – consiste em executar um ato ilícito “...conscientemente e com intenção de causar danos à pessoa ou aos direitos da pessoa...”⁶⁹⁴ (...).

A *culpa grave* constituía uma negligência grosseira no cumprimento de uma obrigação: era não prever o que haveria previsto qualquer pessoa. A culpa grave estava assimilada ao dolo no seu tratamento: *culpa lata dolo equiparatur*.

Na *culpa leve*, o modelo de conduta era dado por aquela que teria seguido um bom pai de família (culpa leve *in abstracto*) ou a que o próprio responsável dedicava habitualmente em seus assuntos cotidianos (culpa leve *in concreto*), esta última certamente mais benigna que a anterior.

A *culpa levíssima* levava em consideração a conduta que teria seguido no caso concreto um diligentíssimo pai de família⁶⁹⁵.

São apenas aqueles mais graves desvios ético-jurídicos que serão objeto da indenização punitiva: apenas aquelas condutas “decorrentes de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura”⁶⁹⁶, é que serão merecedoras de pena civil exemplar. Como explica Ramón Daniel Pizarro, a indenização civil aplica-se nesses casos extremamente graves para que (i) os transgressores da lei sejam duramente punidos; e (ii) aqueles que obedecem à lei não tenham que suportar sozinhos os ônus de uma sociedade “que requer sacrifícios, recíprocos e equivalentes, a todos os cidadãos”⁶⁹⁷.

A *intencionalidade* (dolo) ou o *desprezo total pelo direito alheio* (culpa grave) são, portanto, elementos fundamentais para caracterizar a hipótese de aplicação da indenização punitiva. Especificamente no caso do ordenamento jurídico brasileiro, essa condição é extremamente importante porque, a nosso ver, é apenas nos casos de dolo ou culpa grave que estaria configurada a violação ao princípio da dignidade da pessoa

⁶⁹⁴ No original: “El dolo delictual – elemento del delito – consiste en ejecutar un hecho ilícito ‘... sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro...’” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. II, p. 605).

⁶⁹⁵ No original: “La culpa grave constituía una negligencia grosera en el cumplimiento de una obligación: era no prever lo que habría previsto cualquier persona. La culpa grave estaba asimilada al dolo en su tratamiento: culpa lata dolo equiparatur. En la culpa leve, el modelo de conducta estaba dado por la que habría seguido un buen padre de familia (culpa leve *in abstracto*) o la que el propio responsable ponía habitualmente en sus asuntos (culpa leve *in concreto*), esta última ciertamente más benigna que la anterior. La culpa levísima tomaba en consideración la conducta que hubiera seguido en el caso concreto un diligentísimo padre de familia” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. II, p. 618).

⁶⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 265.

⁶⁹⁷ No original: “Permite punir eficazmente graves inconductas - La punición sirve para alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con beneficio, transgredir el ordenamiento jurídico, aquellos que obedecen al sistema deberían soportar una carga desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios, recíprocos y equivalentes, a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Instituciones de Derecho Privado*. t. III, p. 247).

humana, ao menos na medida necessária para a imposição de uma sanção superior à conferida pela indenização compensatória. Consequentemente, é somente nesses casos que haveria fundamento legal para a aplicação da indenização punitiva.

Ademais, como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a principal função da responsabilidade civil nos tempos atuais é a prevenção de danos, o que se dá majoritariamente por meio da *dissuasão* de condutas potencialmente lesivas. É nesse sentido a lição de Fernando M. Racimo:

A indenização punitiva tem dois objetivos básicos que a distingue de outros tipos de indenizações civis: o castigo do ofensor e, particularmente, o objetivo dissuasivo que procura evitar que condutas similares dele [ofensor] – ou, eventualmente, de outras pessoas situadas em posição equivalente – repitam-se no futuro⁶⁹⁸.

Como a *dissuasão*, no caso da indenização punitiva, dá-se pela *exemplaridade* da punição, não faria qualquer sentido aplicar a sanção a condutas que, por sua baixa culpabilidade, não poderiam sequer ser evitadas pelo agente causador do dano. Que comportamento estaríamos dissuadindo se puníssemos exemplarmente alguém que, mesmo agindo de forma diligente (*culpa leve*) tenha causado dano a outrem? A ideia que está por trás da indenização punitiva é a de *estimular* comportamentos éticos e socialmente adequados, além de, a *contrario sensu*, *desestimular* comportamentos antiéticos e socialmente repudiáveis. É justamente por isso que a indenização punitiva só terá lugar para punir exemplarmente condutas altamente culpáveis e reprováveis.

Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González de Zavala, adotam uma postura mais flexível ao sugerirem, como alternativa ao alto grau de culpabilidade do ofensor, um requisito objetivo: a chamada “grave antijuridicidade da atividade danosa”⁶⁹⁹. A visão objetivista⁷⁰⁰ proposta pelos autores, no entanto, parece-nos inadequada por pelo

⁶⁹⁸ No original: “Los daños punitivos tienen dos objetivos básicos que los distinguen de otro tipo de indemnizaciones civiles: el castigo del ofensor y, particularmente, el objetivo disuasivo que procura evitar que conductas similares de aquél – o eventualmente, de otras personas situadas en posición equivalente – se repitan en el futuro” (RACIMO, Fernando M. Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III. p. 1031).

⁶⁹⁹ No original: “grave antijuridicidad de la actividad dañosa” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva*, p. 188).

⁷⁰⁰ “No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho prejudicial. Basta una conducta objetivamente descalificable desde de el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio... Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso. (...) [D]ebe conferirse prioridad a la recomposición económica de las derivaciones de la situación lesiva: no interesa tanto la subjetividad orientada hacia el hecho, como la que existe hacia la ilegítima obtención y conservación de los frutos colaterales. Por eso, es suficiente una antifuncionalidad o reprochabilidad genéricas en la manera de

menos dois motivos: (i) pela dificuldade que encontramos para traçar claramente os parâmetros de aplicação deste conceito demasiadamente amplo (os autores não trazem exemplos concretos, prejudicando a análise); e (ii) pelo fato de que, a nosso ver, a objetivação afrontaria a perspectiva ético-moralizante da indenização punitiva. Busca-se, com a indenização punitiva, evitar danos decorrentes de condutas particularmente reprováveis, mediante estímulo a comportamentos cautelosos e diligentes. Por isso, a completa retirada do elemento subjetivo da indenização punitiva impactaria a própria essência do instituto. Para os casos em que não há especial culpabilidade do ofensor, parece-nos suficiente o sistema geral de responsabilidade civil.

Nesse aspecto, vale, ainda, um comentário acerca do *lucro ilícito*, apontado por alguns autores como pressuposto independente para a imposição da indenização punitiva⁷⁰¹. Não compartilhamos dessa opinião. A nosso ver, a obtenção do lucro ilícito⁷⁰² – proveito econômico obtido pelo ofensor em decorrência do dano, mesmo após pagar indenização – também está sujeita à regra geral da alta culpabilidade. Assim, apenas o lucro ilícito decorrente de conduta altamente culposa (p.ex. quando o ofensor tem a intenção deliberada de lucrar com sua conduta danosa) será objeto de indenização punitiva.

Os demais casos deverão ser regulados pelo sistema geral de responsabilidade civil ou, talvez, até mesmo por um sistema paralelo de eliminação do enriquecimento sem causa, tal como aquele proposto por Sérgio Savi, em sua obra *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa*⁷⁰³. De acordo com o autor, a eliminação do lucro ilícito deve dar-se com base numa análise sistemática das “regras do enriquecimento sem causa, as quais exigirão, apenas, uma leitura moderna de seus requisitos”⁷⁰⁴.

desenvolver la actividad en que se origina el perjuicio” (GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva*, p. 188).

⁷⁰¹ Ver, por exemplo, André Gustavo Corrêa de Andrade (*Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 265).

⁷⁰² O lucro ilícito equivale àquilo que Sérgio Savi define como *lucro da intervenção*: “o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa*, p. 2).

⁷⁰³ O estudo aprofundado do tema foge, contudo, ao propósito deste trabalho.

⁷⁰⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa*, p. 89. Vale ressaltar, contudo, que não estamos aqui a concordar integralmente com a referida proposta. Savi acredita que a obtenção de lucro ilícito não deve, de forma alguma, dar ensejo à indenização punitiva, mas tão somente à ação de enriquecimento sem causa. Obviamente essa não é a nossa interpretação. A nosso ver, os institutos têm propósitos distintos e, portanto, podem até mesmo ser aplicados simultaneamente: a ação de enriquecimento sem causa tem a função de recompor o patrimônio empobrecido com o enriquecimento do ofensor; a indenização punitiva tem a função de dissuadir a reincidência da conduta reprovável tanto pelo ofensor como por terceiros. Por isso, o pagamento da indenização punitiva não elimina a possibilidade da ação de enriquecimento sem causa proposta por Savi. A indenização punitiva deve ser um *plus* à eliminação do enriquecimento sem causa. Se ela apenas equivalêsse ao enriquecimento, estaria esvaziada a sua função punitivo-dissuasória. Estaríamos diante de uma paradoxal indenização punitivo-restitutória.

3.2.3. Violação ao princípio da dignidade humana

Como temos repisado ao longo deste trabalho, a indenização punitiva tem por fundamento, e própria razão de ser, a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, é evidente que a indenização punitiva só será aplicável nos casos em que esse princípio tiver sido flagrantemente violado.

Parece-nos claro que a totalidade das *condutas altamente culpáveis e reprováveis* que vierem a lesar danos morais terá também atendido ao requisito da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a noção de dano moral está intrinsecamente vinculada à noção de dignidade humana. É o que diz Sergio Cavalieri Filho quando menciona – em trecho já citado neste trabalho – que, “em *sentido estrito*, dano moral é *violação do direito à dignidade*”⁷⁰⁵.

A conclusão não é a mesma para o caso dos danos materiais. Nesse caso, a maior parte das *condutas altamente culpáveis e reprováveis*, por impactar interesses de natureza meramente patrimonial, não implicará violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que se interprete tal princípio de maneira bastante ampla. Não nos parece possível afirmar, contudo, que não haverá qualquer hipótese de dano material que represente afronta à dignidade humana. Por isso, em casos de dano material, a violação ao princípio da dignidade humana deverá ser demonstrada pela vítima e reconhecida pelo juiz, segundo sua discricionariedade. Como já tratamos deste assunto anteriormente, referimo-nos, para uma análise mais apurada, ao item 1.3 deste mesmo Capítulo.

3.3. Critérios para a quantificação da indenização

Não há dúvidas de que a fixação da indenização punitiva seja o aspecto que cause maior insegurança quanto à aplicação do instituto. A ausência de vinculação entre a indenização e um limite objetivo (tal como acontece com os danos materiais e sua vinculação à “extensão do dano”) desperta em alguns juristas, especialmente naqueles mais conservadores, um receio de que a indenização punitiva possa se tornar objeto de arbitrariedades e injustiças (embora, a nosso ver, as arbitrariedades e injustiças decorram muito mais da negação da indenização punitiva do que do inverso).

⁷⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 101.

Curioso notar que este cenário é, de certa forma, similar àquele vivido pela indenização do dano moral antes da promulgação da Constituição de 1988. Como explicou Clóvis do Couto e Silva, em artigo publicado em 1967, ainda sob a vigência do antigo regime constitucional: “um dos problemas mais discutidos na atualidade é o da possibilidade de reparação de danos não-patrimoniais. (...) Nosso Código somente admite indenização de danos que não têm caráter patrimonial nas hipóteses expressamente normadas. Não são indenizáveis, portanto, o puro e simples dano moral”⁷⁰⁶. Com base na ausência de previsão legal e na incerteza jurídica da indenização por dano moral, o sistema terminava por causar injustiça muito maior: a não indenizabilidade do dano moral.

Clóvis do Couto e Silva volta ao tema 24 anos mais tarde, 3 anos após a promulgação da Constituição Federal, e relata a situação pré-constitucional da indenização dos danos morais da seguinte forma:

Em suma, a reparação dos danos extrapatrimoniais restringe-se, no Direito brasileiro, anterior à Constituição de 1988, a apenas algumas hipóteses. A doutrina havia proposto soluções, quanto à indenização de danos não-patrimoniais, quase sempre em vão. A jurisprudência era profundamente apegada à interpretação limitativa das disposições legislativas. Ainda quando esta insistisse na autonomia do dano moral, a jurisprudência não consagrava esse princípio, a não ser em decisões isoladas⁷⁰⁷.

É incrível como a situação descrita por Couto e Silva assemelha-se ao momento atualmente vivido pela indenização punitiva no Brasil: a doutrina começa, ainda que lentamente, a articular os fundamentos legais e critérios para a aplicação e quantificação da indenização punitiva, enquanto a jurisprudência (e uma parte mais conservadora da doutrina) insiste em rejeitar o instituto com base em argumentos legalistas e, algumas vezes, até mesmo alarmistas. Sabemos que *o novo* tende a assustar. Mas acreditamos que, neste caso, a experiência vivida com a evolução da indenização por dano moral possa contribuir positivamente para a aceitação da indenização punitiva.

Ainda que a quantificação da indenização punitiva possa, à primeira vista, parecer demasiadamente complexa e subjetiva, acreditamos ser possível definir critérios mais ou menos rígidos que possam colaborar para a certeza jurídica do instituto. Propomos, assim, uma abordagem escalonada da quantificação da indenização punitiva, com pelo menos duas etapas distintas: (i) o primeiro passo deverá ser substancialmente *técnico* e *objetivo*, e remete-se à fórmula de quantificação da indenização punitiva proposta por Polinsky e

⁷⁰⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 205.

⁷⁰⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado, p. 233.

Shavell; (ii) o segundo passo demandará o juízo de discricionariedade do magistrado: o juiz deverá equacionar o valor obtido na etapa técnica anteriormente mencionada, buscando a realização da justiça no caso concreto. Para tanto, o juiz deverá, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerar (a) o grau de culpa do ofensor; (b) a extensão e a gravidade do dano; (c) a condição econômica do ofensor; (d) a eventual condenação penal ou administrativa do ofensor; além de quaisquer outras peculiaridades do caso concreto que se mostrarem relevantes.

3.3.1. Critério técnico – Probabilidade de detecção da conduta danosa

Reunidos os pressupostos para a aplicação da indenização punitiva (a saber, a existência de dano material ou moral; a alta culpabilidade do réu e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana), o juiz deverá realizar uma avaliação técnica para definir o que chamaremos de *valor base para o cálculo da indenização punitiva*. Esta avaliação técnica dar-se-á, na medida do possível, de acordo com o sistema proposto por Polinsky e Shavell, detalhadamente explicado no capítulo III acima.

Justamente porque já explicamos minuciosamente o referido sistema – e, portanto, para evitar a desnecessária repetição de conceitos anteriormente analisados – limitaremos, neste item, a fazer breves apontamentos sobre como acreditamos deverá dar-se a aplicação prática do sistema de Polinsky e Shavell pelo Judiciário brasileiro.

Como explica Edgardo López Herrera, “o ponto de partida [do sistema de Polinsky e Shavell] é a teoria da dissuasão explicada, e que supõe que o pagamento da indenização compensatória deve bastar por si mesmo para uma genuína dissuasão, sempre que exista certeza sobre a responsabilidade. A indenização punitiva deve ser aplicada, segundo estes economistas, quando existe a chance de o ofensor escapar do dever de indenizar”⁷⁰⁸. Partindo desse pressuposto, Polinsky e Shavell editam a seguinte fórmula geral:

Se o réu pode, em algumas situações, escapar da responsabilidade pelo dano que ele causou, a extensão adequada da indenização será igual ao dano causado pelo réu, multiplicado por um fator que reflita a probabilidade dele escapar do

⁷⁰⁸ No original: “El punto de partida es la teoría de la disuasión explicada, y que supone que el pago de los daños compensatorios debe bastar por si mismo para una genuína disuasión, siempre que exista certeza sobre la responsabilidad. Los daños punitivos deben ser aplicados según estos economistas cuando existe la posibilidad de evadir el pago de los daños compensatorios” (HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*, p. 180).

referido dever indenizatório”⁷⁰⁹

Como já havíamos dito anteriormente, o *fator de multiplicação* proposto por Polinsky e Shavell atinge inúmeras situações reprováveis do ponto de vista ético-jurídico e elimina do âmbito de decisão do causador do dano uma importantíssima variável: o *risco calculado* ou, em outras palavras, *a possibilidade de causar o dano e não ter que pagar por ele*. Parece-nos claro que este racional impacta diretamente inúmeros casos de *lucro ilícito*, além de uma séria de outras condutas altamente culpáveis que só ocorrem porque o causador do dano tem a certeza de que jamais será pego.

Com a fórmula proposta por Polinsky e Shavell, a lógica econômica do causador do dano é duramente abalada: haverá, ainda, a possibilidade de o ofensor não ter que pagar pelo dano causado. No entanto, *se ele vier a ser pego, o valor da indenização será majorado, e será tanto maior quanto maior fosse a chance dele (ofensor) escapar ileso do dever de indenizar*.

Esse raciocínio possui excelente potencial preventivo-dissuasório pois faz pensar duas vezes todos aqueles ofensores contumazes, que, certos da impunidade, cometem os atos mais ardis e repudiáveis, lesando frontalmente a dignidade da pessoa humana nos seus mais variados aspectos.

O sistema de Polinsky e Shavell pode ser traduzido, para aplicação prática, em uma fórmula bastante simples⁷¹⁰, em que D corresponde ao valor da indenização por dano material ou dano moral; P corresponde à probabilidade de o ofensor ser condenado a pagar pelo dano causado (a probabilidade de detecção do ilícito); e I corresponde ao valor da indenização punitiva:

$$I = \frac{D}{P} - D$$

Um exemplo pode ser elucidativo: Imaginemos uma situação em que um produto defeituoso tenha lesado um consumidor. Ajuizada a ação de indenização, o fornecedor é condenado a pagar à vítima indenização por danos morais e materiais no valor de R\$100mil. Com base em depoimentos de testemunhas, laudos periciais, estatísticas

⁷⁰⁹ “The main point that we will develop in this section is that if a defendant can sometimes escape liability for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is the harm the defendant has caused, multiplied by a factor reflecting the probability of his escaping liability” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, p. 887).

⁷¹⁰ Note-se que, aqui, apenas reproduzimos a fórmula apresentada pelos próprios autores em seu trabalho. Ver POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis, pp. 889-890.

judiciárias e demais provas produzidas pelas partes, o juiz conclui, ainda, que o fornecedor deixou de investir na segurança de seu produto por acreditar que seria condenado a pagar indenização em apenas cerca de 20% das vezes que o produto viesse a causar danos: ou seja, de cada 10 produtos defeituosos, apenas 2 acarretariam a responsabilização civil do fornecedor. Nesse caso, qual seria o valor adequado da indenização punitiva? Tomando-se por base a fórmula de Polinsky e Shavell, o resultado seria o seguinte:

$$I = \frac{100.000}{0,20} - 100.000 \qquad I = 500.000 - 100.000 \qquad I = 400.000$$

É evidente que a fórmula proposta por Polinsky e Shavell encontra um difícilimo obstáculo do ponto de vista prático: como será possível identificar, com algum grau de certeza, a *probabilidade de detecção do ilícito*, sem a qual, a fórmula perde seu apelo e relevância. Polinsky e Shavell, cientes dessa dificuldade, abordam a questão sob três perspectivas distintas⁷¹¹:

(i) os autores defendem que, na maioria dos casos, a probabilidade de detecção do ilícito “deverá ser calculada de maneira relativamente simples”⁷¹². Sustentam os autores que, na maioria das vezes, a própria prova constante dos autos indica ao juiz a lógica econômica seguida pelo causador do dano quando cometeu o ato ilícito. A prova pericial, em particular, poderá ser um elemento de grande valia para esse fim;

⁷¹¹ “Second, in other circumstances, when the chance of escaping liability is clearly positive, the probability of liability still might be relatively easily calculated. For example, suppose a firm dumps toxic waste at night along an infrequently used road, but is caught as a result of the report of a driver who happened to notice the firm’s activities. In such a case, pressure-sensitive recording devices laid across the road could be used to determine the volume of traffic on the road at night, and the resulting data could be employed to calculate the odds that someone would drive by during a particular interval of time. The reciprocal of this probability could then be used as the total damages multiplier. In general, a careful consideration of the facts in a case often will allow a jury to make a reasonable estimate of the probability of escaping liability. The testimony of expert witnesses also may be helpful in calculating this probability. Third, circumstances in which the chance of escaping liability is difficult to estimate will inevitably arise. To reduce the decisionmaking burden on jurors, a judge could present them with a table with a limited number of values for the probability, such as 0.1 through 0.9 by increments of one-tenth, from which to choose. Although such a simplification would not directly resolve the problem of determining the probability of detection, it may aid jurors in settling on a single number. Even if jurors make significant errors in estimating the probability, such errors will not necessarily create a serious problem for achieving optimal deterrence: provided that the errors are not systematically biased upwards or downwards, a potential injurer will know that the assessment of juries will be approximately correct on average, which will induce the injurer to behave properly. Another option is for the legislature to set damages multipliers for separate categories of wrongful conduct, based on rough assessments of the different chances of escaping liability in the various settings. This approach might be desirable if one believes that jury determination of the probabilities, and therefore of the damages multipliers, would be systematically biased. (Such an approach, however, would prevent juries from making use of any information they have about particular cases.)” (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, pp. 891-893).

⁷¹² POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 891.

(ii) os autores reconhecem que, em alguns casos, a probabilidade de detecção do ilícito será de difícil apuração. Nesses casos, o índice deverá ser apurado (ou escolhido) com razoabilidade. Assumindo que os erros decorrentes dessa *apuração razoável* “não sejam sistematicamente tendentes para mais ou para menos, um ofensor em potencial deverá considerar que a avaliação dos jurados será, em média, próxima do correto, o que induzirá o ofensor a adotar o comportamento socialmente adequado”⁷¹³ (afinal, está-se falando da aplicação da indenização punitiva pelo júri, nos Estados Unidos); e

(iii) os autores sugerem que, em casos extremos, o legislativo determine índices genéricos de probabilidade de detecção de ilícitos, para as diferentes categorias de danos e atos ilícitos que possam ser identificados e apurados.

Acreditamos que a questão, ao menos em nosso país, seja um pouco mais complicada do que aquilo que sugerem Polinsky e Shavell. Seja porque a instrução processual no Brasil é muito mais limitada do que o procedimento norte-americano do *discovery*⁷¹⁴; seja porque as cortes brasileiras ainda não possuem os recursos tecnológicos de que dispõem as cortes americanas, parece-nos que, no Brasil, não será na grande maioria dos casos que a probabilidade de detecção do ilícito será identificada com facilidade.

A nosso favor, contudo, temos o fato de que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, no Brasil a indenização punitiva é aplicada e quantificada por juízes togados, o que certamente amplia o grau de tecnicidade da decisão e nos permite acreditar que, se houver no processo elementos que indiquem, ainda que por inferências não óbvias, a probabilidade de detecção do ilícito, é muito provável que tais elementos sejam identificados e utilizados. Para essa árdua tarefa, estarão à disposição do juiz instrumentos como a prova pericial, depoimentos de testemunhas, oitiva de *experts* que atuam no mesmo ramo de atividade do causador do dano, oitiva de outros *experts* (economistas, estatísticos, engenheiros, agrônomos), estatísticas judiciárias etc.

⁷¹³ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*, p. 892.

⁷¹⁴ *Discovery*: “2. *Compulsory disclosure, at a party's request, of information that relates to the litigation* <the plaintiff filed a motion to compel discovery> [...] *The primary discovery devices are interrogatories, depositions, requests for admissions, and requests for production. Although discovery typically comes from parties, courts also allow limited discovery from nonparties.* [...] 3. *The facts or documents disclosed* <the new associate spent all her time reviewing discovery>. 4. *The pretrial phase of a lawsuit during which depositions, interrogatories, and other forms of discovery are conducted.* [...] ‘Discovery has broad scope. According to Federal Rule 26, which is the model in modern procedural codes, inquiry may be made into ‘any matter, not privileged, that is relevant to the subject matter of the action.’ Thus, discovery may be had of facts incidentally relevant to the issues in the pleadings even if the facts do not directly prove or disprove the facts in question.’ Geoffrey C. Hazard Jr. & Michele Taruffo, *American Civil Procedure: An Introduction 115 (1993)*” (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, p. 533).

Certamente não temos a pretensão, com este trabalho, de esgotar esta intrincada questão. Ao contrário, a intenção é muito mais de apontar um caminho para a identificação de critérios mais ou menos objetivos para a quantificação da indenização punitiva e fomentar o debate acerca do tema. Nada obstante, acreditamos que o critério possui aplicação e eficácia prática imediatas, ao menos para casos em que a probabilidade de detecção do ilícito é sabidamente muito baixa. Pelo menos para esses casos, que parecem ser muitos, a fórmula de Polinsky e Shavell seria bastante útil para dimensionar o *quantum do valor base para o cálculo da indenização punitiva*.

Ademais, mesmo naqueles casos de difícil identificação da probabilidade de detecção do ilícito, a fixação de um índice médio, apurado pelo magistrado com base na razoabilidade e, até mesmo, em sua experiência pessoal, poderá ser importante para a definição de um *valor base para o cálculo da indenização punitiva* que guarde algum grau de proporcionalidade com o valor da indenização por dano material e/ou moral.

Por fim, há que se reconhecer que haverá casos que passarão totalmente à margem do sistema de Polinsky e Shavell e, mesmo assim, merecerão punição exemplar. Assim será, por exemplo, no casos de um rapaz que, apesar da certeza de ser pego (pois sabe, por exemplo, da existência de câmeras no local da ofensa), espanca outro garoto quase até a morte, após discussão infantil em uma casa noturna, pelo simples prazer de mostrar seu vigor físico. Nesse caso, o critério objetivo não será suficiente para imputar ao ofensor a punição que certamente lhe é devida. Isso não quer dizer, contudo, que o ofensor deverá sair impune no âmbito civil. Para esses casos será suficiente a aplicação dos critérios subjetivos que se encontram à disposição do juiz para realizar a justiça no caso concreto.

3.3.2. Critério de justiça

Como temos afirmado ao longo deste trabalho, a utilização da culpa como critério para quantificação da indenização tem por escopo resgatar o fundamento ético-moral da responsabilidade civil. Como ensina José Augusto Delgado:

A história relata que ‘os antigos gregos e romanos expressavam’ os deveres éticos ‘no tríplice preceito: ‘viver honestamente, ou seja, comportar-se na sociedade com lealdade e retidão’, ‘não causar danos aos outros’, e ‘dar a cada um o que é seu’. Estes preceitos exprimem o mínimo de justiça, ao qual todo cidadão tem direito e sem o qual a convivência social fica gravemente comprometida’⁷¹⁵.

⁷¹⁵ DELGADO, José Augusto. A ética no Novo Código Civil. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 15, n. 2, jul./dez. 2003. p. 161.

“A ética é delimitadora do comportamento humano, abrangendo a realidade que o cerca e influenciando a estrutura dos fatos e atos produzidos pelo cidadão”⁷¹⁶. É por esse motivo que a dissuasão de condutas altamente culpáveis – antiéticas - deve ser objetivo fundamental de nosso ordenamento jurídico. E é também por isso que a indenização punitiva deve possuir papel de destaque em nosso sistema jurídico.

Assim, é fundamental que o *quantum* da indenização punitiva seja calculado na exata medida (nem mais, nem menos, do que o estritamente necessário) para que o instituto atinja sua função preventivo-dissuasória e, com isso, seja capaz de restabelecer o padrão ético desejado pela sociedade. É justamente este o motivo por que o critério objetivo anteriormente apresentado poderá ser ponderado por aquilo que denominamos *critérios de justiça*.

Os chamados *critérios de justiça* são critérios razoavelmente subjetivos que devem ser utilizados pelo juiz sempre que a fórmula técnico-objetiva de Polinsky e Shavell não for adequada para restabelecer o padrão ético desejado pela sociedade, ou seja, quando o resultado da fórmula não se mostrar acertado para se fazer justiça no caso concreto. Isso ocorrerá basicamente em três situações:

(i) nos casos em que, embora presentes os pressupostos para a aplicação da indenização punitiva, a probabilidade de detecção do ilícito não seja um fator relevante para o cálculo da punição: o ofensor causou o dano sabendo que, muito provavelmente, seria responsabilizado (a probabilidade de detecção do ilícito era próxima de 100%, como no exemplo do agressor mencionado no subcapítulo anterior, ou no caso de dano ambiental em região em que só há um possível infrator);

(ii) nos casos em que o *valor base para o cálculo da indenização punitiva* (assim entendido o valor que resulta da aplicação da fórmula de Polinsky e Shavell) mostra-se insuficiente ou exagerado, diante das peculiaridades do caso concreto, para que a indenização punitiva atinja sua função preventivo-dissuasória; ou, ainda,

(iii) nos casos em que estimar a probabilidade (ainda que aproximada) de detecção do ilícito mostre-se impossível.

Caso se veja diante de qualquer das situações acima, o juiz deverá, utilizando-se de sua discricionariedade, equacionar o *valor base para o cálculo da indenização punitiva* (se existente) com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

⁷¹⁶ DELGADO, José Augusto. A ética no Novo Código Civil, p. 162.

tomando por base os seguintes elementos indicativos (a) o grau de culpa do ofensor; (b) a extensão e a gravidade do dano; (c) a condição econômica do ofensor; (d) a eventual existência de condenação penal ou administrativa do ofensor; além de quaisquer outras peculiaridades do caso concreto que se mostrarem relevantes. Caso não seja possível estimar um *valor base*, o cálculo da indenização punitiva deverá ser feito integralmente com base nos *critérios de justiça*.

3.3.2.1. Proporcionalidade e razoabilidade

Como prega Paulo Bonavides, “há princípios mais fáceis de compreender do que de definir”⁷¹⁷. Esse é, certamente, o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nos dois casos, a mera referência a eles conduz o intérprete a uma série de conclusões instintivas, em regra associadas a uma noção geral de justiça. E embora não seja incomum que interpretes sejam traídos por seus instintos, não é isso que se verifica neste caso. Isso porque, como veremos, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade atuam diretamente para permitir decisões mais justas.

O princípio da proporcionalidade serve como “instrumento de controle dos atos do Poder Público”⁷¹⁸, apontando para uma avaliação da adequação, necessidade e conformação (ou proporcionalidade *stricto sensu*) da medida que se pretende adotar, para o atingimento da finalidade pretendida⁷¹⁹.

Por adequação, pretende-se estabelecer uma relação de meio e fim. Ou seja, as medidas adotadas devem representar o meio adequado para atingir o fim pretendido. Deste modo, “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”⁷²⁰. A necessidade, também chamada de *princípio da menor ingerência possível*⁷²¹, caracteriza-se pela inexistência de medida menos lesiva para o atingimento do mesmo fim. A conformação, ou proporcionalidade *stricto sensu*, tem por objetivo avaliar se a vantagem decorrente da medida é maior que a desvantagem por ela proporcionada. Tal avaliação, por sinal, deve dar-se não segundo o critério pessoal do aplicador da medida, mas “segundo

⁷¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 392.

⁷¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 112.

⁷¹⁹ VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, p. 145.

⁷²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 393.

⁷²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 111.

padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”⁷²².

O princípio da razoabilidade é usualmente entendido pela doutrina como um princípio mais aberto, mais genérico, que visa a avaliar se a medida adotada promove justiça no caso concreto. É o que sugere Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O que se pretende [com o princípio da razoabilidade] é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”⁷²³. É também essa a impressão de Caroline Vaz, para quem “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior da justiça que é inerente a todo ordenamento jurídico”⁷²⁴.

Por essa visão, a razoabilidade busca evitar que medidas injustas sejam tomadas com suporte em argumentos supostamente legítimos do ponto de vista estritamente formal. Assim, não poderá um juiz, mediante interpretação literal ou restritiva de uma lei, atingir uma conclusão extremamente injusta e, portanto, incompatível com o sistema jurídico. Mais evidente ainda a impossibilidade de que o juiz utilize-se de sua discricionariedade e liberdade jurisdicional para ditar, no caso concreto, regra que não corresponda ao senso comum de justiça. Vale mencionar, nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva de discricção manejada⁷²⁵.

Humberto Ávila distingue o princípio da razoabilidade do princípio da proporcionalidade tomando por base a noção de *causalidade entre um meio e um fim*: enquanto a *proporcionalidade* exigiria a relação de causalidade entre a medida adotada e o fim pretendido; a *razoabilidade* demandaria, ao contrário, a atenção a ditames específicos, independentemente do fim pretendido pela medida⁷²⁶, a saber: (i) o dever de equidade (“o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso

⁷²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 81.

⁷²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 39.

⁷²⁴ VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, p. 146.

⁷²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 108.

⁷²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, pp. 109-111.

individual”⁷²⁷); (ii) o dever de congruência (“o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”⁷²⁸); e (iii) o dever de equivalência (“a razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”⁷²⁹)⁷³⁰.

Transportando as noções acima para o âmbito da quantificação da indenização punitiva, temos que o *valor base para o cálculo da indenização punitiva* deverá ser ponderado pelo juiz, diante das características do caso concreto e tendo em vista a função preventivo-dissuasória do instituto, segundo os seguintes critérios:

(i) *juízo de adequação*: o juiz deverá avaliar, com base em sua experiência e em quaisquer elementos que lhe tenham sido levados ao conhecimento durante a instrução processual, se o *valor base* seria adequado para prevenir a reincidência da conduta punida, tanto pelo réu como por qualquer outro indivíduo da sociedade;

(ii) *juízo de necessidade*: o juiz deverá analisar se, diante das peculiaridades do caso concreto, o *valor base* corresponde efetivamente ao mínimo necessário para que indenização punitiva atinja seu fim;

⁷²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 102.

⁷²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 106.

⁷²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 109.

⁷³⁰ Eis a análise completa de Humberto Ávila acerca da inexistência de *relação de causalidade entre um meio e um fim* no caso do princípio da razoabilidade: “A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas. A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Na primeira hipótese princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim. Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela. A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a *dimensiona*. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. Tanto é assim que não se pode afirmar - nos casos analisados - que o custo do serviço promove a taxa, ou que a culpa leva à pena. Não há, nessas hipóteses, qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do postulado da proporcionalidade. Há - isto, sim - uma relação de correspondência entre duas grandezas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, pp. 110-111).

(iii) *juízo de conformação/proporcionalidade*: o juiz deverá ponderar se a condenação do réu ao pagamento do *valor base* proporcionará vantagem coletiva superior à desvantagem individualmente suportada pelo réu. Ou seja, deverá o juiz examinar se a conduta punida é tão ultrajante do ponto de vista ético-jurídico que justifique a condenação do réu ao pagamento do *valor base*;

(iv) *dever de equidade*: o juiz deverá avaliar se o caso concreto possui particularidades que, especificamente no caso *sub judice*, torne injusta a condenação por indenização punitiva, ao menos na extensão sugerida pelo *valor base*;

(v) *dever de congruência*: o juiz deverá ponderar se o *valor base*, e até mesmo a própria indenização punitiva, efetivamente reflete o *animus* preventivo-dissuasório da sociedade com relação especificamente ao caso concreto (em oposição ao *animus* da sociedade com relação a uma categoria impessoal de condutas). Assim, embora a sociedade tenha o *animus* de, genericamente, prevenir homicídios dolosos, o *animus* da sociedade pode ser outro se o caso concreto envolver legítima defesa, legítima defesa da honra, estado de necessidade etc. Caberá ao juiz, segundo sua discricionariedade, examinar se as circunstâncias do caso concreto rompem a congruência entre a indenização punitiva e o interesse social; e

(vi) *dever de equivalência*: o juiz deverá avaliar se o *valor base* guarda relação de equivalência com o grau de culpa do ofensor e com as demais circunstâncias do caso concreto. Como afirma o próprio Humberto Ávila, “outro exemplo refere-se às penas que devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do agente. Nesse sentido, a culpa serve de critério para a fixação da pena a ser cumprida, devendo a pena corresponder à culpa”⁷³¹.

Caso qualquer dos testes anteriores resulte positivo (ou seja, caso se verifique que, em qualquer daqueles casos, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estejam sendo seguidos), o juiz deverá realizar os ajustes necessários no *valor base para o cálculo da indenização punitiva* com o propósito de atingir *valor justo e condizente com as características do caso concreto*. Evidentemente, a decisão deve ser bem fundamentada, devendo o juiz explicitar as razões que o levaram a ponderar, para mais ou para menos, o valor inicialmente obtido pelo critério objetivo.

O juiz poderá ponderar o valor da indenização punitiva, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em razão de quaisquer circunstâncias do caso concreto que lhe pareçam pertinentes. Bastará, para isso, motivar adequadamente sua

⁷³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 109.

decisão. A mera referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não caracteriza motivação suficiente a desincumbir o magistrado do ônus que lhe é imposto pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal. Deverá, mais do que isso, indicar os exatos motivos que inserem o caso concreto numa das seis hipóteses anteriormente mencionadas. Como bem indica Maria Celina Bodin de Moraes:

No âmbito da problemática da reparação dos danos morais, muito mais relevante parece ser o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, apenas os argumentos genéricos da “razoabilidade” e do “bom senso”, e quase sempre com base apenas na intuição, a determinação do valor devido - composto pela quantia compensatória somada à atribuída a título de punição - não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provocados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer. O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador⁷³².

As peculiaridades do caso concreto, que podem (ou, melhor, devem) levar à subjetivação do cálculo da indenização punitiva, podem ser inúmeras. A nosso ver, no entanto, são quatro os elementos mais importantes a serem avaliados pelo juiz diante do caso concreto: (a) o grau de culpa do ofensor; (b) a extensão e a gravidade do dano; (c) a condição econômica do ofensor; e (d) a eventual existência de condenação penal ou administrativa.

(a) o grau de culpa do ofensor:

Certamente, o elemento mais importante para a ponderação do *quantum* da indenização punitiva é o grau de culpa do ofensor. O grau de culpa do ofensor é tão importante que, mais do que elemento de quantificação da indenização punitiva ele é considerado pressuposto, razão de ser, do instituto. Até mesmo Jorge Mosset Iturraspe, grande crítico da indenização punitiva, reconhece a importância da gravidade da culpa do ofensor para balizar a fixação do *quantum* indenizatório⁷³³. Evidentemente, o autor não acredita, ao contrário de nós e de outros tantos, que o grau de culpabilidade deve dar

⁷³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*, p. 37.

⁷³³ “En nuestra opinión la gravedad de la falta – que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada sino del hecho productor, por ser un hecho querido o sólo producto del descuido o del abandono – debe siempre, en los actos ilícitos y en los incumplimientos obligacionales, tenerse en cuenta. Integra las circunstancias del caso, que la equidad impone considerar” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. t. V, p. 221).

margem a uma indenização específica (a indenização punitiva)⁷³⁴, mas sua posição certamente reforça, ainda que contra a vontade do autor, o valor do instituto e a importância da culpabilidade do ofensor como critério para a quantificação da indenização.

Como já dissemos, a gravidade da culpa do réu é pressuposto para a indenização punitiva. Ou seja, se não houver conduta altamente culpável e reprovável, não há que se falar em aplicação de indenização punitiva ao ofensor. Não é disso que falamos aqui. Agora, cabe-nos avaliar uma situação subsequente: se, uma vez configurada a hipótese de indenização punitiva, o grau de culpa do ofensor, examinado *in concreto*, servirá de parâmetro para a fixação do *quantum* da indenização punitiva.

A conclusão é, obviamente, positiva. O conceito tradicional dos graus de culpa nos ensina pelo menos duas categorias de condutas altamente reprováveis: as condutas decorrentes de *culpa grave* e aquelas decorrentes de *dolo*. Mas essas categorias não são estanques quando examinadas em função do caso concreto: é possível que as circunstâncias do caso concreto indiquem que a gravidade do dolo é maior num caso do que em outro semelhante. Por exemplo: Imaginemos, inicialmente, um homem que atropela e mata, por impulso, o amante de sua esposa, por vingança, quando o vê saindo de sua casa. Imaginemos, agora, um outro homem que, sabendo estar sendo traído, planeja friamente o assassinato do amante de sua esposa. Conhecendo a agenda do indivíduo, o homem o atropela no momento em que ele (amante) acabara de deixar seu filho na escola, de modo que a criança presencia todo o ocorrido. O homem ainda dá marcha à ré para certificar-se de que o indivíduo está morto. Embora nos dois casos tenha ocorrido homicídio doloso do amante, por atropelamento, não nos resta dúvidas de que, no segundo caso, o dolo é mais grave e, por isso, deve ser mais severamente punido.

O grau de culpa levará à ponderação da indenização punitiva com fundamento no princípio da razoabilidade (haja vista o *dever de equivalência*). Poderá, contudo, diante das particularidades do caso concreto, ensejar a ponderação também com base no princípio da proporcionalidade. Isso ocorrerá quando, diante do extremo grau de culpa do ofensor, o *valor base* da indenização punitiva mostrar-se inadequado e insuficiente para dissuadir condutas similares (juízos de adequação e necessidade).

Cumpre, por fim, esclarecer que *a análise do grau de culpa não reintroduz a culpa como pressuposto da responsabilidade civil*. A indenização punitiva – e sua

⁷³⁴ “Pero de ninguna manera puede ser la razón del acogimiento o del rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni el factor principal de determinación de la cuantía. Tal criterio, además de desnaturalizar la institución, carece de apoyo legal en nuestro ordenamiento” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. t. V, p. 221).

intrínseca relação com a noção de culpa – em nada interfere na sistemática da responsabilidade objetiva. Tratando-se de hipótese de responsabilidade objetiva, o cabimento de indenização por danos materiais e morais continuará independente da constatação de culpa por parte do ofensor. A demonstração da culpa grave do ofensor será necessária apenas se a vítima pretender somar a pretensão punitiva ao pedido compensatório. E assim nos parece ser justo: *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, *não há ganho, sem custo*. Se a vítima pretende obter a indenização punitiva, é justo que ela exerça adequadamente o ônus de defensora do interesse público (*private attorney general*) e demonstre a culpa grave do ofensor, elemento que justifica o interesse preventivo-dissuasório da sociedade.

(b) a extensão e a gravidade do dano:

Como a indenização punitiva tem o objetivo de prevenir danos similares àqueles ocorridos no caso em que é aplicada, é evidente que a extensão e a gravidade do dano serão elementos importantes para a fixação do *quantum* punitivo. Parece claro que, se uma conduta menos culposa produzir danos mais extensos e mais graves do que aqueles produzidos por conduta ligeiramente mais grave, a indenização punitiva, no primeiro caso, deverá ser superior. Por exemplo, será, em regra, mais grave uma conduta culposa que produzir danos morais do que uma conduta dolosa que produzir danos patrimoniais (ainda que ambas representem violação à dignidade humana).

Assim, com relação à extensão e à gravidade do dano, deverão ser levados em conta elementos como: a natureza do dano (patrimonial ou moral); o bem jurídico violado (intimidade, integridade física, vida, meio-ambiente etc); o número de vítimas (dano individual ou coletivo); além da projeção do dano sobre o patrimônio da vítima (se a levou à insolvência, por exemplo).

Em qualquer desses casos, a indenização punitiva poderá ser ponderada com base nos princípios da razoabilidade (*deveres de equidade e de equivalência*) e da proporcionalidade (em qualquer de seus *juízos*, a depender das características do caso concreto).

(d) a condição econômica do ofensor:

A condição econômica do ofensor é, igualmente, critério importante para a fixação da indenização punitiva. Como um dos objetivos da indenização punitiva é o de

prevenção especial (aquela que se dirige à própria pessoa do ofensor), é possível que o *valor base*, embora razoável na maioria dos casos, não seja suficiente para dissuadir um ofensor muito abastado ou, ao contrário, seja exagerado para dissuadir um ofensor menos endinheirado.

Como ensina Yussef Said Cahali: “Vem se acentuando, porém, nos tribunais, a recomendação no sentido de que também seja considerada a situação socioeconômica do responsável pela indenização, o que se mostra compatível com a função sancionatória ou punitiva, e admonitória da condenação por danos morais; e, por outro lado, poderá levar a um arbitramento moderado e compatível, com possibilidade de, sob o aspecto prático, ser executado eficazmente”⁷³⁵.

De fato, como já dissemos, a condição econômica do ofensor não deverá ser levada em conta apenas para majorar a punição no caso de ofensores mais ricos, mas também para dimensioná-la adequadamente em função de patrimônios mais reduzidos e, assim, permitir a efetiva execução da sentença. Tem sido esse o entendimento da jurisprudência:

“[o juiz deverá levar] em consideração certos requisitos, como as condições pessoais do ofendido e do ofensor; grau de cultura do ofendido; seu ramo de atividade, perspectivas de avanço e desenvolvimento no ramo de atividade que exercia, ou outra que poderia exercer ao sofrer o dano, e outras que possam eventualmente ser levadas em conta, como o grau de suportabilidade do encargo atribuído ao ofensor. Porque não adiantaria estabelecer indenização por demais alta sem que o ofensor possa suportá-la, tornando inexecutível a obrigação”⁷³⁶.

Vale ressaltar, contudo, que, se por um lado a condição econômica do ofensor é de suma importância para o dimensionamento da indenização punitiva – especialmente em razão do princípio da proporcionalidade (em seus *juízos de adequação e necessidade*), o mesmo não se pode dizer com relação à condição econômica da vítima. Isso porque este elemento não tem qualquer relação com o caráter preventivo-dissuasório da indenização punitiva. O *quantum* da indenização punitiva tem por objetivo impedir o ofensor (e terceiros em situação semelhante) de reincidir em sua conduta altamente culpável. Não há, como visto, qualquer associação com a vítima e, menos ainda, com sua condição econômica⁷³⁷.

⁷³⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 181.

⁷³⁶ *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v. 163, p. 261.

⁷³⁷ Ademais, concordamos com André Gustavo Corrêa de Andrade, no sentido de que tal associação “constituiria critério discriminatório, à medida que conferiria valor maior aos atributos personalíssimos ou interesses imateriais das vítimas de maior poder aquisitivo” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, p. 303).

(d) a eventual existência de condenação penal ou administrativa

Por fim, é essencial que o juiz, com o intuito de evitar *bis in idem*, considere a eventual existência de condenação administrativa e/ou penal (potencial ou consumada) contra o ofensor.

Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a simples imposição de penalidade plural multidisciplinar não representa, por si só, *bis in idem*. Por esse motivo é totalmente legal e legítima a eventual penalização do ofensor em esferas jurídicas distintas: direto penal, direito administrativo e direito civil, por exemplo. O que não pode ocorrer é que a somatória dessas penalidades seja extremamente exagerada, acima do que exigiria o que, ao longo deste trabalho, convencionamos chamar de nível adequado de *deterrence*.

Para evitar uma penalidade total exagerada, o juiz deverá considerar, no cálculo da indenização punitiva, se a conduta do ofensor sujeita-se a penalidades de áreas alheias ao direito civil (sanções penais e/ou administrativas, por exemplo). Se for esse o caso, o juiz deverá ponderar a indenização punitiva com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (*dever de equidade e juízo de conformação*).

A intenção, como já dito, é mitigar os efeitos da *overdeterrence* (hiperprevenção), muitas vezes tão nefastos quanto os efeitos de uma prevenção insuficiente. Conforme ensina Eugênio Facchini Neto, “indenizações elevadíssimas podem levar à falência determinados setores econômicos (caso da indústria de cimento amianto, nos EUA, ou de certos laboratórios farmacêuticos), ou afastar profissionais de certas áreas de elevado risco (como foi o caso de certas especialidades médicas, nos Estados Unidos, na década de 80, em que houve uma debandada de profissionais de áreas muito sensíveis e expostas a tais tipos de danos, como a obstetrícia e a neurocirurgia”⁷³⁸.

⁷³⁸ In: VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*, p. 8 do prefácio à obra.

CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi analisar a concretização do novo paradigma preventivo da responsabilidade civil pela utilização da culpa como critério para a quantificação da indenização. Para tanto, utilizamos essencialmente quatro métodos de análise: (i) uma *análise histórico-evolutiva*, por meio da qual examinamos a evolução da responsabilidade civil rumo ao paradigma da prevenção; (ii) uma *análise comparatista*, apresentando a experiência de ordenamentos jurídicos alienígenas com relação aos conceitos ora estudados; (iii) uma *análise econômica*, visando à demonstração da real utilidade e eficácia dos conceitos enfrentados; e, por fim, (iv) uma *análise jurídico-legal*, perquirindo, no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento legal para a aplicação dos conceitos analisados e, mais do que isso, identificando os critérios e limites para sua utilização adequada.

Ao longo do trabalho, nos deparamos com uma série de conclusões que, por sua importância, merecem ser assim sistematizadas:

Capítulo I: Responsabilidade civil – um instituto em constante evolução

1. A evolução da responsabilidade civil tem se mostrado, ao longo da história, extremamente dinâmica e compassada com os avanços (e retrocessos) da sociedade. A quebra gradual do paradigma da culpa é um importante indicativo deste processo: em resposta aos crescentes perigos da vida em sociedade, e da proliferação de danos de dimensões catastróficas, a responsabilidade civil reformulou-se, no intuito de garantir proteção às vítimas.

2. As mudanças sócio-tecnológicas decorrentes da revolução industrial e, mais adiante, da globalização, deram origem ao que se convencionou chamar *sociedade de risco*. Esta sociedade, temerosa quanto à magnitude dos danos a que está exposta (haja vista os trágicos exemplos de Chernobyl, Fukushima, 11 de setembro, entre tantos outros), passou a dar especial importância à prevenção de danos.

3. As ferramentas disponibilizadas pelo Direito para a prevenção de danos, contudo, não parecem ser suficientes para atender às necessidades da *sociedade de risco*. Particularmente no Brasil, os direitos penal e administrativo, tradicionalmente ramos do direito responsáveis pela prevenção de condutas socialmente inadequadas, mostram-se

insuficientes para o controle social. Há, no Brasil, uma sensação geral de impunidade que não favorece a prevenção de danos.

4. Por tudo isso, a *sociedade de risco* colocou em cheque mais um paradigma clássico da responsabilidade civil: o paradigma reparatório. O clamor social por um mundo mais justo e seguro provocou, no mundo jurídico, um intenso debate sobre os meios de controle adequados para a prevenção de danos nos tempos atuais. A melhor solução parece ter sido o desenvolvimento de um sistema sancionatório plural multidisciplinar, envolvendo, simultaneamente, a atuação dos direitos penal, administrativo e civil.

5. No âmbito do direito civil, a concretização do paradigma preventivo resultou no retorno da culpa para o cerne do sistema de responsabilidade civil. O paradoxo, no entanto, é apenas aparente: a culpa não volta a ocupar a função de pressuposto da responsabilidade civil. Em seu retorno, a culpa passa a desempenhar sua importantíssima função ético-moralizante no papel de critério para o cálculo da indenização. O indivíduo que, agindo com alto grau de culpabilidade, provocar dano aos interesses de outrem, deve sofrer sanção civil que o demova da ideia de reincidir em sua conduta reprovável. Eis a indenização punitiva que, visando à promoção do dever de cautela, apresenta-se como ferramenta de prevenção de danos.

Capítulo II: A culpa como possível critério para majoração da indenização – a evolução e estabelecimento dos *punitive damages* no direito estrangeiro

1. Embora a associação da responsabilidade civil à ideia de punição cause certo incômodo nos dias atuais, a verdade é que, em seus primórdios, a responsabilidade civil era fundamentalmente punitiva. Há uma plêiade de exemplos no direito arcaico, romano e germânico que sustentam essa afirmação. A visão da responsabilidade civil como instrumento de mera reparação de danos é muito recente e remonta ao Código Civil Francês de 1804.

2. Embora tenha esmorecido entre os países de origem romano-germânica, a função punitiva da responsabilidade civil ganhou destaque nos países de origem anglo-saxã, os chamados países de *Common Law*. Naqueles países, com destaque para os Estados Unidos da América, a função concretizou-se através dos chamados *punitive damages*. Os *punitive damages* caracterizam-se por uma indenização de caráter acessório (dependente de uma indenização principal por *compensatory* ou *nominal damages* - danos materiais ou morais, ainda que simbólicos), aplicada em casos de danos decorrentes de condutas

altamente culpáveis (*malice, gross negligence, oppressive and cruel conduct, wanton behavior*).

3. Tradicionalmente, os *punitive damages* não têm sido bem recebidos pelos países de *Civil Law*. Em geral, os países de origem romano-germânica refutam a aplicação dos *punitive damages* por absoluto apego à função reparatória da responsabilidade civil, e por entenderem que a adoção do referido instituto violaria normas de ordem pública. A nova tendência de se atribuir à responsabilidade civil funções preventivo-dissuasórias, no entanto, parece apontar para uma mudança nesse quadro. Exemplo disso é a recente introdução dos *punitive damages* na legislação consumerista da Argentina.

Capítulo III: Eficácia e operacionalização dos *punitive damages* – a efetiva utilidade do instituto e a sua forma adequada de aplicação

1. Apesar de serem muitas as funções atribuídas aos *punitive damages*, são tradicionalmente duas as que justificam a existência do instituto: as funções punitiva (*punishment*) e preventiva (*deterrence*). Por *punishment*, entende-se a função de retribuição ao ofensor pelo mal causado. Por *deterrence*, entende-se a função de prevenir a reincidência de condutas particularmente lesivas, tanto pelo próprio ofensor (*specific deterrence*) como pelos demais integrantes da sociedade (*general deterrence*).

2. Embora os *punitive damages* sofram muitas críticas, especialmente fora dos Estados Unidos, a maior parte dessas críticas associa-se a um completo desconhecimento do instituto. A maior parte das críticas baseia-se na análise de casos muito pitorescos, mas pouco representativos, como o famoso caso do *café do McDonald's*. Ao contrário do que muitos pensam, os *punitive damages* são efetivamente aplicados em um número ínfimo de casos e, mesmo assim, o valor médio da condenação é bastante razoável (menos de US\$50mil). As condenações em valores milionários são reduzidíssimas e, via de regra, são revistas pelas Cortes Superiores.

3. Um método concreto para verificar a eficácia e utilidade dos *punitive damages* num sistema de responsabilidade civil é a análise econômica do direito. O mais respeitado estudo de análise econômica dos *punitive damages* é aquele desenvolvido por A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell. Por meio desse estudo, Polinsky e Shavell procuram identificar a forma ideal para o cálculo dos *punitive damages* de forma a obter o nível ótimo de *deterrence*.

4. De acordo com Polinsky e Shavell, o mero pagamento da indenização compensatória é, em regra, suficiente para o atingimento do nível ótimo de *deterrence*. No entanto, sempre que houver uma falha no sistema de detecção do ilícito – ou seja, quando houver a chance de que o ofensor venha a escapar do dever de indenizar –, será necessário ajustar o valor da indenização para que, na média, o ofensor pague por todos os danos a que der causa. Os autores chamam esse “valor de ajuste” de *punitive damages*. Nesse contexto, os *punitive damages* serviriam para interferir positivamente no processo decisório do ofensor, quando ele pondera entre os benefícios e prejuízos da decisão de causar o dano. Com a aplicação dos *punitive damages*, a falha no sistema de detecção do ilícito deixa de ser uma variável relevante para o ofensor.

5. Polinsky e Shavell eliminam de seu sistema qualquer outra variável que não esteja relacionada à probabilidade de detecção do ilícito. De acordo com os autores, variáveis como a gravidade da conduta, a extensão do dano e a condição econômica do ofensor não seriam relevantes do ponto de vista estritamente econômico. Nada obstante os autores apontam uma exceção: as condutas que visarem exclusivamente a *benefícios socialmente ilícitos* deverão ser dissuadidas, porque não produzem qualquer ganho para a sociedade. A leitura feita pelos autores da noção de *benefícios socialmente ilícitos* é, contudo, altamente restritiva.

6. Embora a análise econômica do direito procure respostas lógicas e racionais para os problemas apresentados pela sociedade, a realidade mostra que, eventualmente, soluções excessivamente lógicas e racionais podem não se mostrar justas. Cabe ao direito absorver as soluções apresentadas pela análise econômica, fazendo os ajustes necessários para que elas possam produzir resultados justos.

7. Assim, embora o sistema de Polinsky e Shavell mostre-se eficiente do ponto de vista econômico, é necessário que ele sofra algumas adaptações para produzir resultados socialmente justos. O reparo que sugerimos ao referido sistema diz respeito à amplitude da noção de *benefícios socialmente ilícitos*. A nosso ver, é necessário uma noção mais ampla porque há um número grande de condutas que a sociedade pretende ver reguladas por uma *deterrence* total (todas aquelas condutas altamente culpáveis e reprováveis do ponto de vista ético), e não por uma *deterrence* ótima.

8. Por fim, concluímos, com base em estudos empíricos realizados nos Estados Unidos, haver boas chances de que o sucesso dos *punitive damages* seja ainda mais acentuado em países como o Brasil, onde a indenização punitiva seria arbitrada por juízes

togados e, portanto, por indivíduos mais escolarizados e experientes que os leigos jurados norte-americanos.

Capítulo IV: A indenização punitiva e o direito brasileiro

1. A indenização punitiva retira seu fundamento legal do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana no núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

2. A indenização punitiva protege a dignidade da pessoa humana porque seus principais objetivos (prevenir danos injustos e repudiar condutas altamente reprováveis) têm a função de promover e prestigiar o referido valor máximo do sistema civil-constitucional. Em primeiro lugar, porque, ao repudiar condutas altamente reprováveis, a indenização punitiva promove a tutela da integridade psicofísica. Em segundo lugar, porque tanto (i) ao combater a ocorrência do lucro ilícito, como (ii) ao prevenir danos irreparáveis ou de difícil reparação, a indenização punitiva promove a solidariedade social.

3. A aplicação da indenização punitiva independe de positivação em nível infraconstitucional, pois os princípios e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, conforme prevê o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Embora haja projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional acerca do tema, a positivação de uma norma específica não é essencial para a aplicação imediata do instituto. A legislação infraconstitucional poderia, no entanto, se bem elaborada, contribuir para o delineamento dos requisitos necessários para a aplicação do instituto.

4. A indenização punitiva tem natureza acessória, podendo aplicar-se, ao menos em tese, tanto a casos de danos morais como a casos de danos materiais, desde que comprovada a violação à dignidade da pessoa humana. Em qualquer dos casos, no entanto, o instituto tem caráter excepcional, só podendo ser aplicado quando o dano decorrer de conduta altamente culpável.

5. As críticas comumente direcionadas à indenização punitiva não parecem ter razão de ser, uma vez que:

(i) *Possibilidade de punição pelo direito civil*: não há separação estrita entre Direito Civil e Direito Penal. Ao contrário, há inúmeros exemplos de sanções civis em nosso Código Civil;

(ii) *Violação ao princípio ne bis in idem*: não há proibição de qualquer natureza para a existência de sanções plurais multidisciplinares. O único limite é que a somatória das diversas sanções seja razoável;

(iii) *Vedação ao enriquecimento sem causa*: a caracterização do enriquecimento sem causa exige a presença de (a) enriquecimento de um indivíduo; (b) consequente empobrecimento de outro; e (c) a ausência de justa causa para o deslocamento patrimonial. No caso da indenização punitiva, não há enriquecimento sem causa, pelo simples fato de que o deslocamento patrimonial ocorrido possui *diversas causas*: (a) o artigo 1º, III, da Constituição Federal; (b) a própria sentença condenatória; e (c) a remuneração da vítima por atuar no papel de *defensor do interesse público* (*private attorney general*);

(iv) *Indenização excessiva*: não há indenização excessiva porque, de acordo com o princípio da reparação integral, a indenização deve corresponder ao *dano jurídico* e não ao *dano fenômeno material*. Tais noções não são ligadas diretamente, mas sim por uma *relação de equivalência*. Além de referir-se ao dano jurídico, a indenização deverá corresponder à regra jurídica vigente. Assim, se a regra jurídica vigente contemplar a indenização punitiva (como acreditamos ocorrer no Brasil), não há razão para se falar em indenização excessiva, nem em violação ao princípio da reparação integral;

(v) *Violação ao princípio da legalidade*: o princípio da legalidade – e, em especial o subprincípio da anterioridade da pena – possui aplicação atenuada no âmbito do direito civil. Ademais, tratando-se a indenização punitiva de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, diante de eventual conflito de princípios, é evidente a prevalência do princípio que se encontra no núcleo axiológico da Constituição Federal.

6. A quantificação da indenização punitiva certamente não é das tarefas mais fáceis. Assim, visando a agregar segurança jurídica ao instituto, propomos a seguinte abordagem escalonada: (i) *critério técnico*: recomenda-se, inicialmente, a aplicação da fórmula proposta pelo sistema de Polinsky e Shavell para a obtenção de um *valor base para o cálculo da indenização punitiva*; (ii) *critérios de justiça*: feito isso – ou nos casos em que a aplicação da fórmula não for possível – o juiz deverá, com fundamento nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ponderar o mencionado *valor base*, buscando a realização da justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

A. Livros e artigos

ADELEYE, Gabriel G.; ACQUAH-DADZIE, Kofi et al. *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Illinois: Bolchazy-Carducci Publishers, 1999.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução: Julian Rivers. Nova York: Oxford University Press, 2002.

ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. Vol. 4: La responsabilità civile. Milão: Giuffrè, 1999.

ALSINA, Jorge Bustamante. Los llamados ‘danos punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 1994-B.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14^a ed. rev. corr. e aum., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 173, 1953.

_____. Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, São Paulo, n. 24.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; ROSAS, Roberto; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (Coords.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 2002-D.

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

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional de crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, v. 2, 1992.

AUSNESS, Richard C. Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation. *Kentucky Law Journal*, Kentucky, v. 74, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. rev. 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELLI, Melvin M. Punitive Damages: Their history, Their Use and Their Worth in Present-Day Society. *UMKC Law Review*, Missouri, v. 49, 1980-1981.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado. v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: La responsabilità*. v. 5. Milano: Giuffrè, 1994.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria? En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOYD, James; INGBERMAN, Daniel E. Do Punitive Damages Promote Deterrence? *International Review of Law and Economics*, Elsevier, v. 19 (1), mar. 1999.

BREBBIA, Roberto H. La equidad en el Derecho de Daños. In: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Tradução: Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Edição de estudante. New Haven e Londres: Yale University Press, 1970.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de La Constitución*. Cuadernos 'Bartolomé de las Casas'. Tradução: Carlos Lema Añón. Madri: Dykinson, 2004.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Los Daños Punitivos en la Argentina*. Legislación. Jurisprudencia. Doctrina. Buenos Aires: Errepar, 2009.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001.

COLBY, Thomas B. Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 118, 2008.

COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a Indenização Punitiva no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 147, jul./set. 2007.

COOTER, Robert D. Punitive Damages for Deterrence: When and How Much. *Alabama Law Review*, Alabama, v. 40, 1988-1989.

_____; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRASWELL, Richard. The Multiplier Principle and Its Alternatives. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 97, 1999.

DAM, Cees van. *European Tort Law*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

DANIELS, Stephen; MARTINN, Joanne. Myth and Reality in Punitive Damages. *Minnesota Law Review*, Minnesota, v. 75, out. 1990.

DELGADO, José Augusto. A ética no Novo Código Civil. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 15, n. 2, jul./dez. 2003.

DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. *Understanding Torts*. 3ª ed. Newark: Lexis Nexis, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, t. I.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*. Hornbook Series. 2ª ed. Minnesota: West, 1973.

DODD, W. F. Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law. *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 29, n. 2, 1919

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 49, n. 6, jun. 1949.

EISENBERG, Theodore. Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

_____; GOERDT, John; OSTROM, Brian et al. The Predicability of Punitive Damages. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 26, n. S2, jun. 1997.

ELÍAS, Ana Inés. Daño Punitivo: Derecho y Economía en la Defensa del Consumidor. In: ARIZA, Ariel (Coord.). *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p.

ELLIS JR., Dorsey D. Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages. *Southern California Law Review*, California, v. 56, 1982-1983.

FACHIN, Edson Luiz. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e Constituição Federal Brasileira. *Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, ano 1, n. 1, jul./dez. 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FLEMING, John G. The Role of Negligence in Modern Tort Law. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 53, n. 4, mai. 1967.

FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade Aquiliana e suas Raízes. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 244-245

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9ª ed. Minnesota: West Group, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. A impunidade no Brasil: De Quem é a Culpa? (Esboço de um Decálogo dos Filtros da Impunidade). *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v.5, n. 15, set./dez. 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Romeu. Da denúncia à impunidade: um estudo sobre a morbi-mortalidade de crianças vítimas de violência. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, abr. 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil* – de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Luso-Brasileiro*. v. II. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. *Resarcimiento de daños*. Presupuestos y funciones del derecho de daños. v. 4, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____; ZAVALA, Rodolfo Martín González. Indemnización Punitiva. In: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GOTANDA, John Y. Punitive Damages: A Comparative Analysis. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nova York, v. 42, 2003.

GRANJA, Rubens. Risco do Desenvolvimento: causa ou excludente de responsabilidade civil? In: ZANETTI, Andrea; FEFERBAUM, Marina (Coords.). *Direito dos Negócios em Debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GREEN, Edward. The Reasonable Man: Legal Fiction or Psychosocial Reality? *Law & Society Review*, Utah, v. 2, n. 2, fev. 1968.

GRUBER, E. Jeffrey. Punitive Damages: A Misplaced Remedy. *Southern California Law Review*, Califórnia, v. 66, 1992-1993.

HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos* – Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

HYLTON, Keith. Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.

HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. v. 1. 3ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1922.

IGNACIO, Iribarne Santiago y Bravo D'André. De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo. *RCyS L.L.*, ano XI, n. 5, mai. 2009.

ITURRASPE, Jorge Mosset. La “multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998. *Diario La Ley*, Buenos Aires, LL 2000-B-1277.

_____. *Responsabilidad por Daños*. El Daño Moral. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. T. V.

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

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, mar./mai. 2002

_____. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, v. 19, jul./set. 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 5^a ed. Coimbra: Armênio Armado, 1979.

KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. The Norm of Stare Decisis. *American Journal of Political Science*, Texas, v. 40, n. 4, nov. 1996.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do Parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 29, 2007.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*; with an introductory essay by Ian Hacking. 4^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

LASCOURMES, Pierre. La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité. *L'année sociologique*, Paris, 3^a série, v. 46, n. 2, 1996.

LAYCOCK, Douglas. *Modern American Remedies*. 3^a ed. Nova York: Aspen Publishers, 2002.

LEMOES, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Direito Ambiental*. Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 2^a ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*. Análise do Nexo Causal. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, jan./mar. 2011.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1950. p. 20.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Obrigações e Responsabilidade Civil. v. 2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 42, fev. 2000.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Maíra Rocha. A Responsabilidade Civil é Independente da Criminal, em Termos: a Propósito da Contribuição da Criminologia Positivista à Transformação da Responsabilidade Civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Coord.). *Fundamentos de História do Direito*. 4ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundação de direito privado não instituída por lei e que não recebe recursos públicos da entidade que a instituiu, desnecessidade de concurso público para preenchimento de cargos: parecer. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 27, dez./mar. 1999/2000.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ (Brasília)*, Brasília, v. 28, 2005.

MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. *Law in the United States*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2007.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - Artigo 883, parágrafo único, do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado*. v. 5. São Paulo: Editora Método, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; FILHO, Sergio Cavalieri. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. 1ª reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Mortais*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 57, edição online, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. Coleção Professor Agostinho Alvim. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 19, n. 37, Florianópolis, dez. 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

ORTH, John V. *Due Process of Law: A Brief History*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 20^a ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil Constitucional: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: CEF, 1968.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIZARRO, Ramón Daniel. Daños Punitivos. In: PARELLADA, Carlos; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Diretores). *Derecho de Daños*. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. 2^a parte. Buenos Aires: La Rocca, 1993.

_____. *Instituciones de Derecho Privado*. Obligaciones. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. I.

_____. *Instituciones de Derecho Privado*. Obligaciones. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. II.

_____. *Instituciones de Derecho Privado*. Obligaciones. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. III.

PLOUS, Harold J.; BAKER, Gordon E. McCulloch v. Maryland. Right Principle, Wrong Case. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 9, 1956-1957.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*. 5^a ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4^a ed. Maryland: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

_____. Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 26, n. S2, jun. 1997.

_____; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 111, n. 4, fev. 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXIII.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3^a ed. 2^a reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s/d]. t. LIII.

PORAT, Ariel. The Many Faces of Negligence. *Theoretical Inquiries in Law*, Berlim, v. 4, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Casebook Series. 8^a ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011.

_____; LANDES, Williams A. *The economic structure of tort law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. v.1. 3^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1979.

RABKIN, Jeremy A. The Secret Life of the Private Attorney General. *Law & Contemporary Problems*, Carolina do Norte, v. 61, 1998.

RACIMO, Fernando M. Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. v. 1. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROCA, Encarna. *Derecho de Daños: Textos y materiales*. 3^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROCHER, Guy. *A General Introduction to Sociology*. A theoretical perspective. 3^a reimp. Kolkata, India: Bimal Kumar Dhur of Academic Publishers, 2009.

ROQUE, Sebastião José. *História do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2007

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

RUBENSTEIN, William B. On what a “private attorney general” is – and why it matters. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 57, n. 6, nov. 2004.

RUBIN, Peter J. Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 103, n. 4, mai. 2003.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. In: *American University Law Review*, Washington, DC, v. 42, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade o direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl von Savigny. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madri: F. Gongora y Compañía, 1878. t. I.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 20, jan./jul. 2002.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SHAPIRO, Daniel J. Punitive Damages. *Los Angeles Business Journal*, Los Angeles, v. 43, n.1, 1995.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentários ao artigo 944 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Critérios de Fixação da Indenização do Dano Moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil*. Questões Controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2004.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David A.; KAHNEMAN, Daniel. Do People Want Optimal Deterrence?. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 77, jun. 1999.

_____; HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip et al. *Punitive Damages. How Juries Decide*. Illinois: The University of Chicago Press, 2002.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 7^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. II.

THÉVENOZ, Luc; WERRO, Franz. *Commentaire romand du Code des Obligations I*. Genève/Bâle/Munich: Helbing & Lichtenhahn, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. A impunidade no Brasil: De Quem é a Culpa? Como Combatê-la? *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v.5, n. 15, set./dez. 2001.

TUNC, André. *La Responsabilité Civil*. 2^a ed. Paris: Editora Economica, 1989.

_____. Les Problèmes Contemporains de la Responsabilité Civil Délictuelle. Introduction. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v.19, n. 4, out./dez. 1967.

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.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Effets de la Responsabilité*. 2^a ed. Paris: LGDJ, 2001.

VISCUSI, W. Kip. The Challenge of Punitive Damages Mathematics. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 30, jun. 2001.

_____. The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts. *Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 87, 1998-1999.

_____; HERSCH, Joni. Saving Lives Through Punitive Damages. *Southern California Law Review*, California, v. 83, n. 2, 2010.

WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. *Yale Law Journal*, Yale, v. 120, mar. 2010.

B. Artigos disponibilizados na Internet

GAUDENZI, Andrea Sirotti. *I “punitive damages” nella giurisprudenza di alcuni Paesi dell’Europa continentale e 211ela Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo*, disponível em: www.diritto.it/articoli/civile/gaudenzi.html, acesso em: 20 mai. 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Edição nº 63, disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/Revista63/0304-Artigo944C-ProblemaMitigacaoPrin....>, acesso em: 18 fev. 2011.

URRUTIA, Liliana A.B. La incorporación de los “punitive damages” del Common Law a nuestro ordenamiento jurídico. La multa civil del art. 52 bis de la ley 26.361. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizada em Córdoba/Argentina entre 23 e 25 de setembro de 2009, disponível em: www.derechocivilcba.com.ar/docs/danos_punitivos_urrutia.doc, acesso em: 27 jun. 2011.

VINEY, Geneviève. *De la Codification du Droit de la Responsabilité Civile: l’Expérience Française In Actes du Colloque International de Droit Civil Comparé – Codification: Valeurs et Langage*, disponível em: www.cslf.gouv.qc.ca, acesso em: 20 nov. 2011

Wilson Elser Moskowitz Edelman & Dicker LLP. *Punitive Damages Review -2011 Edition*, disponível em <https://www.travelers.com/business-insurance/specialized-industries/excess-casualty/docs/punitedamages.pdf>, acesso em: 2 fev. 2013.

C. Artigo de revista

A Indústria do Dano Moral. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, v. 23, 2008

D. Lista de jurisprudência consultada

- Brasil:

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1234549/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 1/12/2011, DJe 10/2/2012.

_____. AgRg nos EDcl no AREsp 165.515/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 20/9/2012, DJe 8/10/2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 163, p. 261.

- Estados Unidos da América:

Boston Manufacturing Co. v. Fiske, 3 F. Cas. 957, C.C.D. Mass. (1820).

BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

Coryell v. Colbaugh, 1 N.J.L. 77 (1791).

Day v. Woodworth, 54 U.S. 363, 371 (1851), *at* 371.

Genay v. Morris, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784).

Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995.

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 413-421 (1819)

Philip Morris USA v. Williams, 549 US 346, 123 S. Ct. 1057 (2007).

State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al., 123 S. Ct. 1513 (2003).

- Inglaterra:

AB v South West Water Services Ltd., [1993] Q.B. 507, 523 (C.A.).

Huckle v. Money, 2 Wilson's Reports (Wils.) 205.

Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary, [2002] 2 A.C. 122, 134-135.

Rookes v. Barnard, [1964] A.C. 1129 (H.L.)

Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

E. Sites consultados

www.planalto.gov.br

www.camara.gov.br

www.senado.gov.br

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb

<http://michaelis.uol.com.br>

www.g1.globo.com

www.terra.com.br