



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais (FAJS)
Mestrado em Direito

MAYARA RAÍSSA ALVES DE OLIVEIRA SANTIAGO

**AS FINALIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA
PUNIÇÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2019

MAYARA RAÍSSA ALVES DE OLIVEIRA SANTIAGO

**AS FINALIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRA CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA
PUNIÇÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB –
como requisito obrigatório para aprovação
no Programa de Mestrado em Direito –
Área de Concentração 2 – Políticas
Públicas, Relações Privadas e
Desenvolvimento – Linha de Pesquisa 3 –
Políticas Públicas, Sociedade Civil e
Proteção da Pessoa.**

**Orientador: Prof. Dr. Hector Valverde
Santana**

**BRASÍLIA
2019**

MAYARA RAÍSSA ALVES DE OLIVEIRA SANTIAGO

**AS FINALIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRA CONTRATUAL COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DA
PUNIÇÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB –
como requisito obrigatório para aprovação
no Programa de Mestrado em Direito –
Área de Concentração 2 – Políticas
Públicas, Relações Privadas e
Desenvolvimento – Linha de Pesquisa 3 –
Políticas Públicas, Sociedade Civil e
Proteção da Pessoa.**

**Orientador: Prof. Dr. Hector Valverde
Santana**

Brasília, 31 de janeiro de 2019.

Banca Examinadora

**Professor Doutor Hector Valverde Santana
Orientador**

**Professor Doutor Ivo Teixeira Gico Junior
Examinador**

**Professor Doutora Amanda Flávio de Oliveira
Examinadora**

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Suely Santiago e Wilson Santiago, pela educação que me proporcionaram, por me apoiarem e me estimularem em todas as minhas escolhas, pelo exemplo de dedicação e perseverança, por fazerem muitos dos meus sonhos se tornarem realidade, pela compreensão, carinho e amor.

Agradeço aos meus irmãos, Wilson Filho e William Santiago, pela amizade e companheirismo.

Agradeço ao meu namorado, Thiago Claudino, por toda a compreensão, companheirismo e apoio, mesmo nos momentos mais difíceis, e por sempre me ajudar na superação dos obstáculos ao me fazer acreditar que tudo é possível.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Hector Valverde Santana, pelo carinho, paciência e divisão de conhecimentos proporcionada durante a produção da dissertação e, ainda, pela oportunidade de debate da temática central da dissertação no Grupo de Pesquisa *Responsabilidade Civil, Consumo e Novos Direitos* por ele coordenado.

Agradeço ao Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior pela receptividade e atenção dispensada em relação às noções de análise econômica do direito, as quais foram de extrema importância para o aperfeiçoamento da dissertação.

Agradeço aos professores do UniCEUB e aos colegas do mestrado pelas experiências e conhecimentos compartilhados ao longo das disciplinas cursadas.

Agradeço aos amigos e amigas que sempre desejaram o meu bem e trouxeram energias positivas, de modo a contribuir para que este momento pudesse acontecer.

Por fim, agradeço a Deus por me reservar saúde e proteção, e por me rodear de tantas pessoas maravilhosas.

RESUMO

Esta dissertação é relativa às finalidades da responsabilidade civil extracontratual como instrumento viabilizador da punição civil no direito brasileiro. Mais especificamente, o trabalho gira em torno de uma abordagem a respeito das funções da responsabilidade civil extracontratual, bem como das vantagens e dos efeitos indesejáveis da pena civil, a fim de verificar se é pertinente e juridicamente viável a introdução da punição civil no ordenamento jurídico brasileiro de forma a estimular a prevenção e precaução de danos e culminar na punição da conduta reprovável do agente e no desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos. Na sequência, os benefícios, os malefícios e as considerações apresentadas sobre o caráter punitivo da responsabilidade civil podem ser sopesados e induzir a conclusão de que a punição civil se torna uma necessidade na realidade brasileira, haja vista ser imprescindível observar também a conduta do ofensor, ao invés de focar exclusivamente no prejuízo experimentado pela vítima. Todavia, para que haja condenação a título de punição civil no Brasil, é indispensável a edição de legislação específica que crie o instituto da punição civil como categoria autônoma, desvinculada do ilícito reparatório, além de ser recomendável a fixação de parâmetros legais para a sua aplicação, razão pela qual aprofundar-se-á a análise no tocante aos critérios de aplicação, parâmetros de incidência, critérios para estipulação do montante punitivo, limites de quantificação, destinação do produto da condenação, legitimação e efeitos da pena civil. Para tanto, ressalte-se que a metodologia utilizada neste trabalho engloba o estudo da legislação correlata ao tema e pesquisa em diversas obras doutrinárias nacionais e estrangeiras, além da análise de jurisprudência para melhor compreensão do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil extracontratual. Punição civil. Punição. Desestímulo.

ABSTRACT

This dissertation is related to non-contractual civil liability functions as a viable instrument of punitive damages in Brazilian law. More specifically, the work revolves around an approach to non-contractual civil liability functions, as well as the advantages and undesirable effects of the civil penalty, in order to ascertain whether it is relevant and legally feasible to introduce punitive damages in the legal order Brazilian law in order to stimulate the prevention and precaution of damages, culminate in the punishment of the agent's reprehensible conduct, and discourage the practice of other unlawful behaviors. Subsequently, the benefits, harms and considerations presented on the punitive character of civil liability can be weighed and lead to the conclusion that punitive damages become a necessity in the Brazilian reality, since it is imperative to observe the offender's conduct, instead focus exclusively on the injury experienced by the victim. However, in order for punishment to be awarded as civil penalty in Brazil, it is indispensable to issue specific legislation that creates the civil penalty institute as an autonomous category, unrelated of the illicit repair, in addition to recommending the establishment of legal parameters for its application, which is why we will deepen the analysis regarding the application criteria, incidence parameters, criteria for stipulation of the punitive amount, limitation of quantification, destination of the proceeds of the conviction, legitimacy and civil penalty. Therefore, it should be emphasized that the methodology used in this work includes legislation's study related to the topic and research in several national and foreign doctrinal works, as well as the analysis of jurisprudence to better understanding of the subject.

Keywords: Civil liability. Non-contractual civil liability. Civil penalty. Punishment. Discouragement.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1 As finalidades da responsabilidade civil extracontratual a partir de uma abordagem juseconômica.....	12
1.1 O papel da indenização na precaução de danos.....	13
1.2 A punição como mecanismo de dissuasão socialmente eficiente.....	23
2 As finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro.....	42
2.1 A interpretação da legislação civil-constitucional sobre as finalidades da responsabilidade civil extracontratual.....	42
2.2 Análise doutrinária e jurisprudencial das finalidades da responsabilidade civil extracontratual.....	59
3 A viabilidade jurídica da punição civil no ordenamento jurídico brasileiro devido à necessidade de estímulo à prevenção dissuasivo-aflitiva de danos e seus desdobramentos.....	79
3.1 A punição civil como categoria autônoma tanto para punição da conduta reprovável do agente como para desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos.....	82
3.2 A fixação de parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro...91	
Conclusão.....	121
Referências.....	132

INTRODUÇÃO

A dissertação tem como área de pesquisa o direito privado, como assunto a responsabilidade civil no Brasil e como tema, mais especificamente, as finalidades da responsabilidade civil extracontratual como instrumento viabilizador da punição civil no direito brasileiro.

O presente estudo científico objetiva analisar as finalidades da responsabilidade civil extracontratual a partir das necessidades contemporâneas da sociedade brasileira, a fim de verificar se a punição civil pode ser validamente enquadrada na ordem jurídica brasileira como forma preventiva e dissuasiva de ilícitos civis, e, caso positivo, pretende elencar as vantagens e os efeitos indesejáveis do caráter punitivo da responsabilidade civil, bem como fixar os parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro.

A justificativa teórica da escolha do tema decorre do surgimento de inquietação da autora da dissertação com essa temática ao alertar para o fato de que, ao que tudo indica, a responsabilidade civil por danos no direito brasileiro se encontra ultrapassada em relação às necessidades da sociedade brasileira do século XXI fundada na produção e consumo em massa, razão pela qual mereceria reforma.

A sociedade brasileira do século XXI vive em uma *indústria de lesões*, diante da constante violação de direitos, causadas deliberadamente pelo Estado aos particulares e pelos fornecedores aos consumidores em decorrência da celebração de contratos massificados de adesão, bem como nas relações entre particulares, reguladas pelo Código Civil, o que desperta a sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa a partir de uma abordagem juseconômica das finalidades da responsabilidade civil extracontratual, o que é discorrido no capítulo 1.

A indenização está diretamente relacionada à finalidade compensatória da responsabilidade civil e, por isso, se propõe à precaução, consoante abordado no tópico 1.1, assim como a punição persegue a finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil, razão pela qual se destina à dissuasão, conforme exposto no tópico 1.2, entretanto não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre as finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro, o que é debatido no capítulo 2.

A interpretação da legislação civil-constitucional que remete à noção de indenização, punição ou admissão de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório é imprescindível para identificar quais são as finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro, o que é desenvolvido no tópico 2.1.

O interesse pela temática se potencializou devido à existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, consoante apresentado no tópico 2.1, bem como à inserção do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos, ou por danos sociais, na esfera judicial, e, ainda, à aprovação de enunciados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sobre a adoção de critérios punitivos e pedagógicos dentro do instituto da responsabilidade civil objetiva ou da indenização por danos extrapatrimoniais, ambas tratadas no tópico 2.2, pois revela o interesse de setores da sociedade civil organizada na temática abordada na dissertação.

A análise dos dispositivos vetados e de projetos de lei do Poder Legislativo Federal que se tem conhecimento de que tratam sobre indenização, punição ou adoção de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório é imprescindível para verificar quais são as impressões dos representantes do povo e dos Estados brasileiros no tocante às necessidades contemporâneas da sociedade e quais são os objetivos legislativos em relação às finalidades da responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro.

A problemática da dissertação diz respeito à análise da pertinência e viabilidade jurídica da introdução da punição civil no âmbito da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio a partir do exame das finalidades da responsabilidade civil extracontratual no cenário brasileiro do século XXI, de forma a estimular a prevenção e precaução de danos e culminar na punição da conduta reprovável do agente e no desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos, e, em caso afirmativo, identificar as reais vantagens, os efeitos indesejáveis e os parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro.

O estabelecimento da punição civil na legislação civil brasileira se revela pertinente e juridicamente viável para inserção do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro, de acordo com a doutrina majoritária,¹ desde que haja previsão legislativa específica no sentido de criar a punição civil e de estabelecer os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de

¹ “Favoráveis à tese do caráter punitivo, em maior ou menor grau, posicionam-se, na doutrina brasileira, os manualistas Nelson Rosendal, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz. No mesmo sentido, manifestaram-se, entre outros, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavalieri, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Sergio Severo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva, Clayton Reis e Antônio Junqueira de Azevedo”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.)

quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil, o que é apresentado no capítulo 3.

As principais vantagens da introdução do caráter punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro são o restabelecimento da imperatividade da ordem jurídica, a viabilização da pacificação social e da consequente função social da responsabilidade civil abarcada pelo senso de justiça, à medida que a punição civil se propõe a punir o autor do ato ilícito pela prática de determinada conduta lesiva e, com efeito, a desincentivar o transgressor e terceiros ao cometimento de novos atos ilícitos e de novos danos de mesma natureza.

A redução do oportunismo, da indiferença e do desprezo dos potenciais ofensores em relação às potenciais vítimas de danos, especialmente os consumidores e os empregados, bem como a redução da cominação de *indenizações* em valores irrisórios e do ativismo judicial mediante a contemplação da pena civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais, são outros prováveis benefícios do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil.

Outras vantagens da inserção do caráter punitivo da responsabilidade civil dizem respeito ao alcance de resultados sociais desejáveis e de maior efetividade no que se refere à proteção de direitos da personalidade, direitos de propriedade, direitos metaindividuais e interesses individuais homogêneos, isso porque a punição civil pode servir como instrumento de otimização da efetividade e eficiência da tutela civil dos bens jurídicos afetados pela prática de atos ilícitos danosos altamente censuráveis e indesejados.

Os efeitos indesejáveis do caráter punitivo da responsabilidade civil que são apresentados pela doutrina minoritária² como alguns dos argumentos para manifestar discordância em relação à introdução da ideia dos *punitive damages* no direito brasileiro são: a superproteção dos sujeitos lesados, a imputação de indenizações excessivas, a ponto de gerar enriquecimento sem causa e ferir a segurança jurídica, todavia as inquietações acima externalizadas não se materializam em um sistema no qual a punição civil seja aplicada de maneira eficiente e adequada.

Os benefícios, os malefícios e as considerações apresentadas sobre o caráter punitivo da responsabilidade civil podem ser sopesados e induzir a conclusão de que a punição civil se torna uma necessidade na realidade brasileira, haja vista ser imprescindível observar também a conduta do ofensor, ao invés de focar exclusivamente no prejuízo experimentado pela

² “Contrários ao caráter punitivo estão José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.)

vítima, assim como já se verifica no direito penal por meio do sincretismo jurídico, a fim de estimular a prevenção e precaução de danos, castigar o autor do ato ilícito face à reprovabilidade social de sua conduta ilícita e desincentivar a prática de outros atos ilícitos.

A vertente teórico-metodológica utilizada no desenvolvimento e finalização da dissertação é a jurídico-dogmática com procedimento de pesquisa instrumental, haja vista que a autora se propõe a realizar estudos (legais, doutrinários e jurisprudenciais) de atualidade e relevância para a melhor instrumentalização das técnicas jurídicas, aperfeiçoamento de textos normativos e resolução de casos concretos.

A pesquisa é descritiva legal com a sistematização e interpretação das normas jurídicas atinentes à responsabilidade civil, bem como aos seus efeitos e desdobramentos, ao mesmo tempo em que é teórica, uma vez que pode servir para definir leis e estruturar um modelo e sistema teórico.

O método de abordagem utilizado na dissertação é o hipotético-dedutivo, na medida em que a pesquisa se origina de um problema, para o qual se busca uma solução por intermédio de hipóteses e teorias, bem como da eliminação de erros e efeitos indesejáveis por meio de testes.

O método de procedimento utilizado na dissertação é o comparativo, haja vista que a pesquisa promove o estudo das semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, institutos do direito civil e do direito penal, o instituto dos *punitive damages* cuja maior difusão se deu nos Estados Unidos da América e o instituto da punição civil a ser proposto para o direito brasileiro; mas também é o estatístico, devido à utilização de termos quantitativos extraídos de relatórios da Justiça em Números publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de dados do Processo Judicial Eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília (CEJUSC-JEC/BSB), para análise quantitativa do problema atinente à ineficiência das finalidades da responsabilidade civil extracontratual em relação às necessidades contemporâneas da sociedade e da hipótese aventada na pesquisa científica alusiva à introdução da punição civil no direito brasileiro.

As principais técnicas de pesquisa utilizadas ao longo do estudo para abordar o problema são a pesquisa bibliográfica e documental, complementada com outros recursos metodológicos, dado o caráter teórico-argumentativo da dissertação.

Legislações, livros, teses, dissertações e artigos publicados em revistas acadêmicas e sites jurídicos que guardem relação com o tema do presente estudo científico são utilizados na

fundamentação dessa dissertação de relevante importância para o contexto contemporâneo da responsabilidade civil nas esferas jurídica, social, econômica e acadêmica.

A dissertação conta com contribuições acadêmicas correlatas ao objeto do estudo, tanto na doutrina e jurisprudência nacional como na doutrina e jurisprudência internacional, contudo, é necessário compreender alguns axiomas civis e penais, analisar a legislação brasileira atual, bem como manifestações do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, ao longo do aprofundamento no tema.

1 As finalidades da responsabilidade civil extracontratual a partir de uma abordagem juseconômica.

A responsabilidade civil brasileira se encontra em constante evolução desde a constitucionalização do direito civil, que se deu com a edição da Constituição Federal, motivo pelo qual esse é o cenário no qual se discute a temática central da dissertação em desenvolvimento, qual seja as finalidades da responsabilidade civil extracontratual como instrumento viabilizador da punição civil no direito brasileiro.

A responsabilidade civil representa um sistema de regras de imputação que oferece os meios necessários à reparação de danos suportados pelo ofendido como resultado da conduta comissiva ou omissiva do ofensor³ e que pode disponibilizar os instrumentos adequados à punição do transgressor motivada pela prática de comportamentos ilícitos danosos de alta reprovabilidade social, razão pela qual constitui em ampla medida uma fonte de obrigações, uma vez que o direito civil possui duas fontes de obrigação, quais sejam: a lei e o contrato.

O foco da dissertação em desenvolvimento é a responsabilidade civil extracontratual, a qual é pautada no ato ilícito, ou seja, na conduta praticada em desacordo com o ordenamento jurídico em vigor a ponto de causar danos a outrem ao violar direito alheio,⁴ dado que o direito de propriedade e o direito contratual não oferecem remédio jurídico para tutela adequada da punição civil.

O direito de propriedade viabiliza as trocas voluntárias ao permitir a criação de riquezas e reduzir a violência na interação social à medida que facilita a cooperação mútua entre pessoas para aquisição de bens ao estabelecer com clareza os direitos de cada uma e seus limites, ao passo que o direito contratual viabiliza as interações sociais voluntárias e serve para eliminar alternativas desviantes na medida em que incentiva a cooperação mútua entre pessoas ao permitir que cada uma assuma compromissos perante outra por meio da confiança.

A punição civil não pode ser tutelada adequadamente pelo direito de propriedade nem pelo direito contratual porque provoca trocas involuntárias que não decorrem da livre

³ “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”. (DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 40.)

⁴ “O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial e/ou moral (CF, art. 5º, V e X) a outrem, criando o dever de repará-lo (CC, art. 927)”. (Ibidem. p. 207.)

manifestação de vontade das partes, por isso só pode ser tutelada satisfatoriamente pelas normas de responsabilidade civil extracontratual, o que justifica o recorte metodológico da dissertação.

1.1 O papel da indenização na precaução de danos.

A responsabilidade civil extracontratual pautada no ato ilícito danoso dá ensejo ao dever legal de reparação⁵ e, conseqüentemente, se traduz em uma responsabilidade consubstanciada na necessidade de compensar o prejuízo causado a terceiro por aquele que praticar ato ilícito danoso, consoante artigos 186,⁶ 187⁷ e 927⁸ do Código Civil.

A responsabilidade civil extracontratual serve para regular as interações sociais involuntárias que geram prejuízos para uma das partes em decorrência da inobservância do dever geral de cuidado pelo autor do dano, logo, a responsabilidade civil extracontratual resolve as interações sociais danosas não decorrentes de contratos, mas de acidentes,⁹ o que possibilita a internalização dos custos sociais dos acidentes¹⁰ oriundos da inobservância do nível eficiente de precaução, uma vez que a essência econômica do direito da responsabilidade civil extracontratual consiste em atribuir responsabilidade para internalizar externalidades¹¹ criadas por elevados custos de transação.¹²¹³

⁵ “O ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, [...] o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 653.)

⁶ CC, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.)

⁷ CC, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸ CC, 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.

⁹ Os acidentes decorrem de interações humanas que geram danos de forma involuntária e, por isso, estão associados à responsabilidade civil extracontratual.

¹⁰ O custo social do acidente é o custo esperado da precaução somado ao prejuízo esperado do acidente.

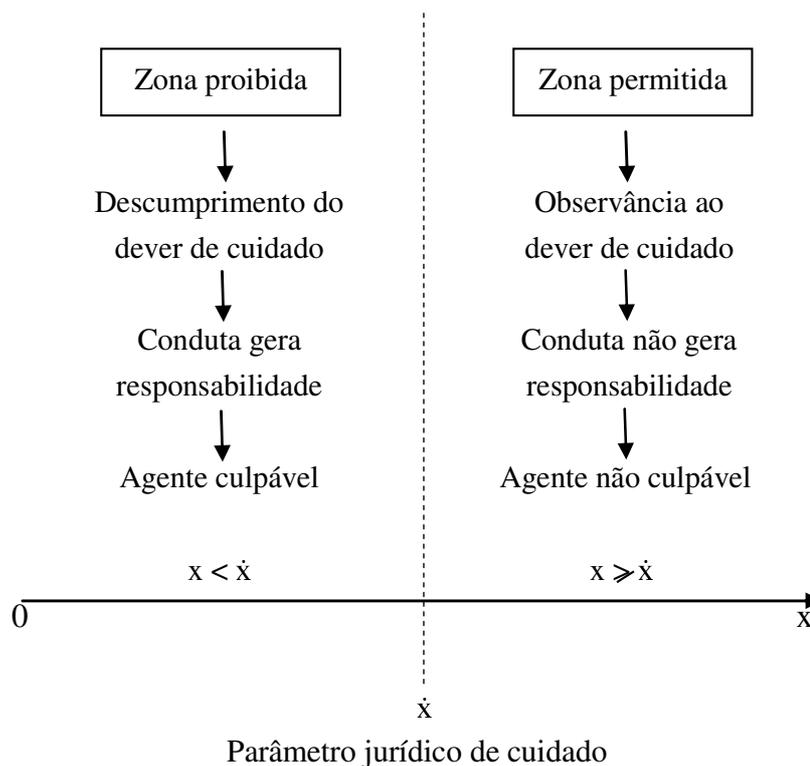
¹¹ “Externalidade é qualquer efeito econômico que, em razão de uma relação entre determinados agentes, gera efeitos econômicos sobre terceiros, ou seja, sobre indivíduos externos à relação inicial, com os quais os agentes da relação inicial teriam dificuldades de travar relação direta, devido a altos custos de transação”. [TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199.]

¹² Os custos de transação envolvem os custos da busca de um parceiro para realização do negócio, custos da negociação e custos do cumprimento da negociação. Os custos de transação podem impactar no êxito da negociação e, por isso, o direito pode incentivar acordos por meio da redução dos custos de transação, haja vista que custos de transação baixos tendem a resultar em uma negociação bem-sucedida, pois a alocação de direitos não afeta a eficiência, ao passo que custos de transação altos propendem a acabar em uma negociação fracassada, porque a alocação de direitos afeta a eficiência.

A responsabilidade civil extracontratual pressupõe o descumprimento de um dever geral negativo de não causar dano a outrem, ou seja, a inobservância do dever geral de cuidado consistente em uma conduta pautada pelo homem médio em face das circunstâncias de cada caso,¹⁴ motivo pelo qual decorre da violação direta de um dever legal disciplinado nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil.

O dever geral de cautela é um parâmetro jurídico que preceitua o nível mínimo aceitável de precaução, ou seja, o nível de cuidado juridicamente exigível, o que é denotado pela letra \dot{x} , ao passo que a variável x é contínua e representa o nível de cautela adotado pelo agente na prática da conduta objeto de análise.¹⁵

Figura 1 – Nível de cuidado juridicamente exigível



¹³ COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 322.

¹⁴ “Conforme dito acima, ao invés de perquirir o *animus* do agente, a culpa hoje é aferida *in abstracto* comparando a conduta em análise à diligência esperada de um bom pai de família (*bonus pater familias*) ou de um homem médio em face das circunstâncias de cada caso”. [GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.]

¹⁵ “Um dever de cuidado é um parâmetro jurídico que prescreve o nível mínimo aceitável de precaução”. (COOTER, op. cit. p. 329.)

A precaução abaixo de \dot{x} ($x < \dot{x}$) descumpre o dever de cuidado porque o nível de cautela empregado pelo agente é inferior ao parâmetro jurídico de cuidado minimamente exigível, o que reflete a zona proibida (Figura 1) por ser socialmente indesejável, razão pela qual o agente será considerado culpado por uma determinada conduta danosa e, por isso, será civilmente responsabilizado pelos danos oriundos do ato ilícito socialmente indesejado.¹⁶

A precaução igual ou acima de \dot{x} ($x \geq \dot{x}$) observa o nível mínimo aceitável de cautela porque o nível de cuidado adotado pelo agente é igual ou superior ao parâmetro jurídico de precaução minimamente exigível, o que se enquadra na zona permitida (Figura 1) por ser socialmente desejável, já que reduz a probabilidade de ocorrência de acidentes ou a magnitude de um sinistro, motivo pelo qual o agente não é culpável e, por isso, a conduta danosa por ele praticada não gera responsabilidade.¹⁷

A responsabilidade civil extracontratual está relacionada, em regra, à responsabilidade civil subjetiva,¹⁸ ou seja, à constatação de culpa em sentido amplo,¹⁹ seja do ponto de vista da intenção (dolo), seja do ponto de vista da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia), salvo nos casos expressamente previstos em lei de responsabilização sem culpa ou fundados no risco da atividade (responsabilidade civil objetiva), consoante se extrai da leitura conjunta dos artigos 186 e 927, parágrafo único, do Código Civil.

Dolo significa intenção, vontade, desejo do resultado. Negligência remete a ideia de que o agente não tomou os cuidados razoáveis, razão pela qual é o termo que designa a falta de cuidado derivada de uma omissão involuntária em uma determinada situação. Imprudência expressa a ideia de que o agente assumiu muitos riscos na prática de uma ação descuidada. Imperícia alude à ideia de que o agente fez o que não estava preparado para fazer, razão pela qual é o termo que designa a incapacidade ou a falta de habilidade específica para a realização de determinada atividade técnica ou científica, sem levar em consideração o que sabe ou deveria saber.

¹⁶ COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 328-330.

¹⁷ Ibidem. p. 328-330.

¹⁸ “Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente e deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa”. (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. 135.)

¹⁹ “O autor do ato ilícito (CC, arts. 186 e 187) terá responsabilidade subjetiva pelo prejuízo que, culposamente, causou [...]. Logo, seus bens ficarão sujeitos à reparação do dano patrimonial e/ou moral causado [...]”. (DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 618.)

A responsabilização civil do agente pelos danos decorrentes do ato ilícito, via de regra, depende da comprovação da culpa, isto é, da adoção de um nível de cuidado inferior ao juridicamente estabelecido (zona proibida),²⁰ haja vista que uma regra de responsabilização subjetiva impõe um parâmetro jurídico de cuidado que os agentes precisam cumprir a fim de evitar a responsabilização.

O Brasil não possui uma fórmula pré-definida para estabelecer o nível de cuidado juridicamente exigível em cada contexto, ou seja, a culpa, nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual, contudo a fórmula de Hand pode servir como parâmetro racional de fixação da culpa ao estimar o nível ótimo de precaução, a fim de aferir a culpa ou inocência do agente causador do dano em termos de eficiência em cada caso concreto.²¹

A fórmula de Hand foi elaborada pela jurisprudência norte-americana no caso *United States versus Carroll Towing Co.*²² com o objetivo de estabelecer um parâmetro jurídico eficiente para a caracterização das condutas culposas e pode ser representada pela expressão $wx < p(x)A$, em que wx é o custo esperado da precaução e $p(x)A$ é o prejuízo esperado do acidente.²³

A fórmula de Hand expressa que o agente causador do dano é considerado culpado quando o custo esperado da precaução que deixou de adotar for inferior à redução marginal do prejuízo esperado do acidente, pois maior precaução é justificada em termos de eficiência econômica, devido à precaução deficiente, ao passo que o transgressor é considerado inocente quando o custo esperado da precaução que deixou de adotar for igual ou superior à redução marginal do prejuízo esperado do acidente caso tenha adotado, no mínimo, o nível eficiente de cuidado, o que impacta, por conseguinte, na minimização dos custos sociais dos acidentes.²⁴

O custo social do acidente é o custo esperado da precaução somado ao prejuízo esperado do acidente, o que pode ser representado pela equação $CS = wx + p(x)A$, na qual w é o custo unitário da precaução expressa em reais, x são as unidades da precaução, $p(x)$ é a

²⁰ “Assim, culpa é a adoção de nível de cuidado inferior ao juridicamente exigido. Se algumas vezes a lei estabelece o nível de cuidado esperado, na vasta maioria das vezes esse nível será estabelecido pela jurisprudência. Como este Autor já disse em outra oportunidade, trata-se de exemplo claro de Hermenêutica das Escolhas (Gico Junior, Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário, 2017), hipótese na qual diante de um conceito jurídico indeterminado, em virtude da vedação ao *non liquet*, caberá ao Judiciário criar regras jurídicas específicas para cada tipo de caso”. [GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.]

²¹ *Ibidem*.

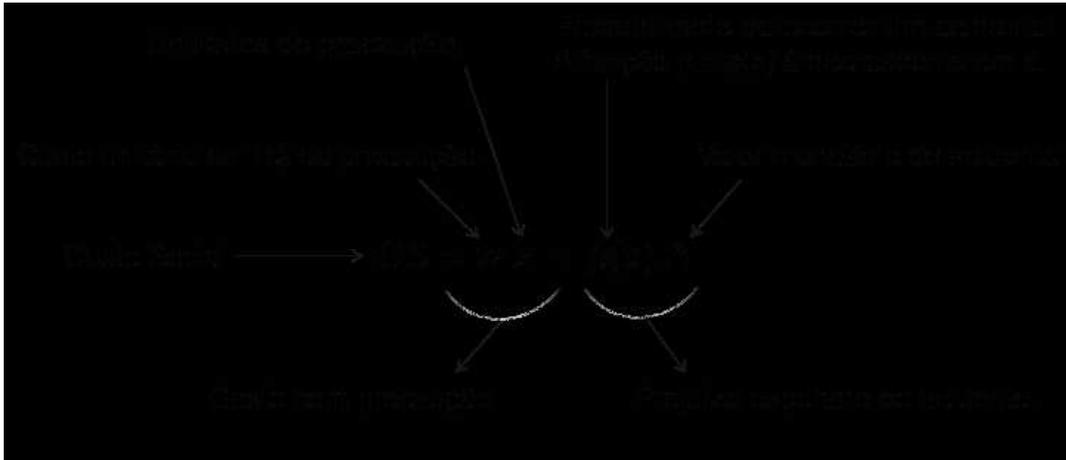
²² *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir.1947).

²³ TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183-186.

²⁴ *Ibidem*. p. 183-186.

probabilidade marginal de ocorrência do acidente e A é o valor monetário do prejuízo que resulta do acidente, conforme se extrai da Figura 2.

Figura 2 – O Custo Social do Acidente²⁵



O maior nível de precaução (x) impacta na menor a probabilidade de ocorrência do acidente, e vice-versa, razão pela qual a função $p = p(x)$ é decrescente em x , isso porque o aumento do nível de precaução (x) enseja a elevação do custo esperado da precaução e a redução do prejuízo esperado do acidente.

Se o nível de precaução for menor que o nível eficiente de precaução, o custo esperado da precaução é menor que o prejuízo esperado do acidente e, com efeito, maior precaução é justificada em termos de custos sociais do acidente, entretanto se o nível de precaução for maior que o nível eficiente de precaução, o custo esperado da precaução é maior que o prejuízo esperado do acidente e, com efeito, menor precaução é justificada em termos de custos sociais do acidente, haja vista que a adoção de medidas preventivas excessivamente onerosas e injustificadas que não diminuam consideravelmente a probabilidade de ocorrência de um evento danoso tende a ser economicamente ineficiente face ao fato de gerar perdas sociais.²⁶

²⁵ Figura extraída do livro *Direito e Economia*, mais especificamente de capítulo sobre *Responsabilidade civil extracontratual* cuja autoria é de Ivo Gico Junior. [GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.]

²⁶ COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 332-333.

A identificação do nível ótimo de precaução, qual seja a parte mais baixa da curva precaução x R\$, isto é, o ponto da curva em que o custo social marginal é igual ao benefício social marginal, resulta na minimização dos custos sociais dos acidentes, todavia o direito deve alinhar os benefícios e custos privados aos benefícios e custos sociais para gerar incentivos eficientes para o alcance do nível eficiente de precaução.²⁷

A fonte normativa primária da responsabilidade civil subjetiva consiste no artigo 186 do Código Civil, uma vez que a culpa é elemento indispensável da responsabilidade civil subjetiva, assim como a conduta ilícita, o dano e o nexos de causalidade, por isso o ônus da prova em relação à culpa do agente causador do dano é, em regra, da vítima, ressalvadas as hipóteses legais que autorizam a inversão do ônus da prova.²⁸

A conduta ilícita no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, que não se confunde com a atividade de risco na esfera da responsabilidade civil objetiva, importa em um determinado comportamento humano voluntário que se exterioriza por intermédio de uma ação ou omissão culposa permeada de ilicitude que gere prejuízo à vítima e, por conseguinte, enseja a reparação fundada na responsabilidade civil extracontratual e subjetiva.

O dano é o prejuízo experimentado pelo lesado em decorrência da violação de um interesse jurídico tutelado causado por conduta comissiva ou omissiva do lesante, isto é, é o custo derivado de um ato ilícito civil, motivo pelo qual pode ser interpretado como uma externalidade negativa imposta ao lesado pela conduta do transgressor a ser internalizada por meio do direito da responsabilidade civil extracontratual, uma vez que a sua essência econômica consiste em imputar responsabilidade ao ofensor para internalizar os custos sociais dos acidentes ao fazê-lo arcar com os custos a que deu causa, a fim de desestimular a prática de conduta ilícita lesiva análoga e criar incentivos adequados para tomada de precauções eficientes.²⁹

A responsabilização civil exige necessariamente a constatação de um dano que gere uma diminuição involuntária na função utilidade do ofendido, o que significa dizer que não existe responsabilidade caso não haja prejuízo, logo não há responsabilidade sem dano no

²⁷ TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 180-190.

²⁸ CDC, Art. 6°. São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.)

²⁹ “[...] a regra de responsabilidade civil subjetiva gera incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução, desde que o critério de culpa seja definido com base no nível ótimo de precaução estabelecido pela fórmula de Hand”. (TIMM, op. cit. p. 194.)

direito civil brasileiro,³⁰ isso porque a responsabilidade civil extracontratual visa recompor a função utilidade da vítima a fim de alcançar o *status quo ante*, e, em vista disso, restringe-se aos casos de danos indenizáveis.

A leitura conjunta do art. 186, 187, 188 e 927 do Código Civil permite inferir que os danos provenientes de atos ilícitos são indenizáveis, ao passo que os danos oriundos de atos lícitos não o são, razão pela qual se a conduta danosa for lícita não gerará a obrigação de indenizar, todavia o comportamento lícito lesivo pode se tornar ilícito caso seja praticado de maneira abusiva e, por derradeiro, ensejar o dever de indenizar.

A leitura conjunta do art. 927 e 944 do Código Civil permite concluir que a prática de um ato ilícito civil, por si só, não é suficiente para provocar a obrigação de indenizar se não causar danos efetivos a outrem, uma vez que se não há prejuízo, a extensão do dano é nula, por isso a indenização inexistente, o que revela que o direito civil, ao contrário do direito penal ou do direito concorrencial, não pune a mera tentativa nem a simples exposição ao risco.³¹

A subjetividade do valor do bem, o que consiste na atribuição *a posteriori* de um valor subjetivo ao bem pelo próprio titular do direito violado em decorrência da usurpação do bem, ainda que superior ao valor médio de mercado, é defendida na hipótese de trocas involuntárias sucedidas por atos ilícitos como forma de imputação de punição civil, o que é discutível, pois o arcabouço teórico tem aplicação limitada aos casos que envolvem relações de trocas contratuais em um mercado perfeito e sua formulação mantém o instituto sob o viés reparatório, à medida que se propõe a reconduzir as partes ao âmbito contratual a partir da atribuição posterior de um valor subjetivo ao bem que seria equivalente à troca voluntária.³²

A precificação do valor dos danos materiais é, em tese, mais fácil de ser mensurada do que o montante atinente aos danos imateriais, uma vez que os danos patrimoniais podem ser aferidos a partir da alteração do valor de mercado da coisa danificada, todavia a quantificação

³⁰ “Sem dano, não pode haver processo de responsabilização civil, mesmo que o ato tenha sido perigoso”. (COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 323.)

³¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

³² No original: “*Ma è possibile effettuare un passo logico ulteriore, in questa prospettiva la concessione dei danni punitivi vale ad attribuire ex post al titolare del diritto proprio quella somma alla quale questi avrebbe acconsentito di cederlo, vale a dire quello che per lui era valore soggettivo del bene; valore soggettivo che come abbiamo detto non necessariamente coincide con il valore medio di mercato. [...] Ecco quindi come la concessione dei danni punitivi valga anche sotto questo profilo a ricondurre nell'alveo contrattuale lo scambio, attribuendo ex post al titolare del diritto proprio quella somma che questi avrebbe richiesto ai fini di uno scambio volontario (= valore in senso soggettivo)*”. (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 77.)

do dano pela vítima pode resultar na precificação em valor superior ou inferior ao praticado pelo mercado, caso o ofendido superestime ou desvalorize o bem, respectivamente, tal qual o dano extrapatrimonial cuja quantificação pode ensejar erros de maior relevância, eis que a avaliação é eminentemente de ordem subjetiva pelo fato de serem imensuráveis.

A interpretação do dano como uma redução não consentida no bem-estar da vítima ajuda a solucionar o problema das indenizações de danos reversíveis e irreversíveis, cuja lógica é justificada pela análise econômica do direito, embora não seja capaz de ensejar uma fórmula que permita o cálculo dos danos de forma precisa.³³

A análise econômica do direito é a aplicação dos métodos econômicos para se tentar compreender os efeitos das normas jurídicas sobre os comportamentos dos agentes e determinar se tais efeitos são socialmente desejáveis a partir das consequências, o que, em outras palavras, significa dizer que é a identificação das consequências de se assumir que os indivíduos são racionais em suas interações sociais em um mundo de recursos escassos.

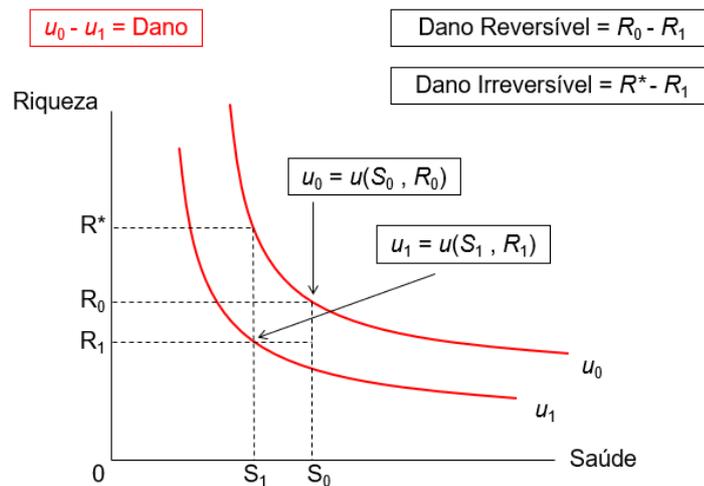
A função utilidade da vítima pode ser representada em uma curva de indiferença,³⁴ consoante exposto na Figura 3, a partir da organização das preferências (=gostos e valores próprios) de um indivíduo em uma escala com graus diferentes de intensidade, de modo que a maximização da utilidade [=satisfação (dos desejos e necessidades humanas infinitas) revelada pelo agente] à luz das próprias preferências culmina no mesmo nível de bem-estar (utilidade) da vítima em qualquer ponto de determinada curva de indiferença, o que significa dizer que a maior intensidade da preferência de um indivíduo por algo gera maior incremento no valor gerado pela função, ao passo que a menor intensidade da preferência de um indivíduo por algo gera menor incremento no valor gerado pela função.

A redução não consentida na função utilidade da vítima provocada pela prática de um ato ilícito danoso indenizável pode ser reparada pelo transgressor por meio da indenização perfeita, qual seja o equivalente monetário ao declínio do nível de bem-estar do ofendido de maneira que ele se torna indiferente ao dano em si, ou seja, a quantia de dinheiro suficiente para que o nível de bem-estar da vítima com a indenização e o dano (acidente indenizado) seja equivalente ao que ela teria estado sem o dinheiro e o dano (inexistência de acidente).

³³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

³⁴ “Note que sobre a curva de indiferença, como o próprio nome diz, o agente é indiferente entre qualquer uma das combinações representadas, isto é, qualquer ponto na curva lhe gera o mesmo nível de bem-estar (utilidade)”. (Ibidem.)

Figura 3 – O dano como decréscimo do nível de bem-estar, a extensão do dano e a indenização perfeita³⁵



A reversibilidade do dano suportado pelo ofendido gera uma indenização cujo equivalente monetário é suficiente para que o lesado retorne ao ponto original de determinada curva de indiferença anterior ao acidente, o que pode ser representado pela fórmula matemática $D = R_0 - R_1$, isso porque o dano é reversível e a indenização perfeita é o valor pecuniário equivalente ao custo social do acidente, de modo que permite à vítima retornar ao *status quo ante* a partir da recomposição do seu bem-estar.

A irreversibilidade do dano sofrido pela vítima gera uma indenização cujo equivalente monetário é suficiente para que o ofendido retorne a idêntico nível de bem-estar anterior ao acidente, cujo ponto da curva de indiferença anterior ao acidente é retilíneo em relação à posição final do lesado na curva de indiferença após o dano, uma vez que o dano é irreversível, mas o ofendido possui o mesmo nível de bem-estar em qualquer ponto de determinada curva de indiferença, ainda que, para tanto, haja necessidade de proporcionar à vítima um nível de riqueza maior que a riqueza original, o que pode ser representado pela fórmula matemática $D = R^* - R_1$, isso porque reflete a indenização perfeita para que o lesado fique indiferente entre a sua posição final e a posição original em determinada curva de indiferença e retorne a idêntico nível de bem-estar anterior ao acidente.

³⁵ Figura extraída do livro *Direito e Economia*, mais especificamente de capítulo sobre *Responsabilidade civil extracontratual* cuja autoria é de Ivo Gico Junior. [GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.]

O montante reparatório deve ser equivalente à lesão em um sistema eficiente de responsabilidade civil,³⁶ o que se convencionou intitular *indenização perfeita*,³⁷ para que os agentes econômicos tenham incentivos eficientes para a tomada de precauções necessárias a fim de evitar a ocorrência de danos.

O nexo causal é uma relação lógico-jurídica entre a conduta ilícita do agente causador e o prejuízo experimentado pelo ofendido, exceto quando se tratar de risco integral, sem o que não há responsabilidade civil extracontratual, pois o nexo de causalidade assegura que a responsabilidade civil extracontratual internalize externalidades negativas, ao invés de ser utilizada como mera transferência de custos de um agente para outro.

Os elementos essenciais da responsabilidade civil extracontratual de acordo com a teoria tradicional dos atos ilícitos civis são, portanto, a prática de um ato ilícito danoso pelo transgressor, a existência de um dano sofrido pela vítima e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

A função social desempenhada pela responsabilidade civil extracontratual é a internalização de custos impostos ao ofendido pela conduta do infrator em decorrência da violação de direitos da vítima face à inobservância do dever geral de cautela, o que possui viés reparatório, haja vista que objetiva a restauração do ofendido ao seu *status quo ante*.

A responsabilidade civil extracontratual é um mecanismo de ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil,³⁸ uma vez que a indenização é medida pela extensão do dano independentemente da intensidade da culpa em sentido amplo, o que significa dizer que a responsabilidade civil brasileira tem precipuamente finalidade compensatória e pressupõe um prejuízo como elemento central da responsabilização em qualquer das formas que assume (danos emergentes, lucros cessantes, danos morais, dano estético etc.).

³⁶ “*In passing, we want to note that the conclusion that damages should equal harm depends on our implicit assumption that parties are risk neutral*”. [POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 767. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.] Em livre tradução da autora, lê-se: “De fato, a conclusão de que a indenização deve ser igual ao dano depende da nossa suposição implícita de que as partes são neutras ao risco”.

³⁷ “A indenização é perfeita quando a vítima é indiferente entre o dano e a indenização ou não ter nenhum dos dois. [...] O conceito é relevante para danos em que o mercado oferece um substituto para o bem perdido. [...] Para alguns danos acidentais, no entanto, o mercado não oferece um substituto imediato. Por exemplo, um bom pai não venderia seu filho por nenhum preço. A ideia de que uma pessoa poderia ser ‘indiferente’ entre o valor monetário e um filho é repugnante. [...] Ainda assim, os tribunais precisam conceder indenizações para a morte acidental de filhos e por danos pessoais horrendos, o que faz com que a nossa missão seja oferecer um entendimento satisfatório de seu cálculo”. (COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 381-382.)

³⁸ CC, Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

A finalidade compensatória da responsabilidade civil focaliza a figura da vítima e o prejuízo por ela suportado, à medida que a indenização é medida pela extensão dos danos sofridos pelo lesado, pois visa a recomposição do patrimônio do lesado face à antijuridicidade perpetrada e ao dano causado a partir da violação de um parâmetro jurídico de cuidado, o que significa dizer que a indenização a ser destinada exclusivamente ao ofendido deve reparar todo o dano que lhe foi causado, com o fim de restabelecer os prejuízos suportados pelo ofendido, de modo que atua de forma retrospectiva em uma perspectiva exclusivamente interindividual de resolução de conflitos e objetiva a contenção de danos, o que, com efeito, aumenta os incentivos para a tomada de precauções para que o dano não ocorra, razão pela qual a indenização gera precaução.

1.2 A punição como mecanismo de dissuasão socialmente eficiente.

A responsabilidade civil extracontratual pode desempenhar, de forma secundária, a função social dissuasiva com vistas à redução do custo social dos acidentes, porque, ao realocar os custos sociais dos acidentes, distribui ao transgressor os custos de sua própria conduta ilícita danosa ao puni-lo pela inobservância do nível eficiente de cuidado, bem como dissuade terceiros do cometimento de atos ilícitos semelhantes.

A realocação dos custos sociais dos acidentes decorrentes da inobservância do nível eficiente de precaução por meio da responsabilização civil extracontratual do transgressor pela prática do ato ilícito danoso socialmente indesejado também pode penalizar comportamentos oportunistas que geram ineficiência ao fazer com que o agente causador do dano arque com os custos a que se deu causa e, por conseguinte, desestimular o ofensor e terceiros a incorrer em conduta danosa semelhante, de modo que a responsabilidade civil extracontratual pode assumir um viés dissuasivo para além da finalidade compensatória.

O caráter punitivo da responsabilidade civil brasileira só não surte efeitos práticos em termos financeiros, pois não pode refletir no montante indenizatório, haja vista que a legislação civil brasileira prescreve que a indenização é medida com base na extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, razão pela qual a limitação da responsabilização civil à dimensão do dano perpetrado se revela economicamente ineficiente em uma sociedade de produção e consumo em massa,³⁹ pois não obsta a lucratividade

³⁹ A sociedade brasileira contemporânea vive em uma *indústria de lesões*, diante da constante violação de direitos, causadas deliberadamente por pessoas, pelo Estado e por fornecedores que praticam contratos massificados de adesão, os quais “geram serviços e produtos em alta escala, para uma gama imensa de pessoas, o

ilicitamente obtida pelo ofensor,⁴⁰ uma vez que nem todas as vítimas buscam a reparação dos prejuízos que lhe foram causados.

O direito penal serve para regular as condutas ilícitas intencionais que geram prejuízos à sociedade, logo, o direito penal é um mecanismo de punição do transgressor face à alta reprovabilidade social da conduta por ele perpetrada, razão pela qual a pena depende da intensidade da culpa em sentido amplo, extrapola os limites do dano e é destinada ao Estado, o que significa dizer que o direito penal tem precipuamente finalidade dissuasória e, por isso, pode servir de complemento à responsabilidade civil extracontratual, desde que haja previsão legislativa específica que autorize a punição civil no Brasil, consoante artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.⁴¹

A responsabilidade civil extracontratual pode servir como um mecanismo de punição de condutas ilícitas, o qual é um escopo do direito penal, pois a penalização do infrator pelo seu comportamento antijurídico a partir da responsabilização civil gera, de forma secundária, a prevenção de danos e o desestímulo à prática de novos ilícitos civis, logo a punição persegue a finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil, razão pela qual se destina à dissuasão.

A inadequação do direito da responsabilidade civil às necessidades de uma sociedade de produção e consumo em massa reforça a ideia de que o direito da responsabilidade civil necessita urgentemente do estabelecimento da punição civil para dissuadir e punir o autor de conduta ilícita intencional grave, ou seja, que se desvia substancialmente do dever geral de cuidado por estar eivada de má fé, coação, exagero, deliberação ou fraude,⁴² o que pode ser

que, inegavelmente, provoca, como conseqüência, uma vasta quantidade de danos, causados pelo Estado aos particulares, pelos fornecedores em relação aos consumidores, bem como nas relações entre particulares, reguladas pelo Código Civil”. [DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2011. p. 501.]

⁴⁰ “A responsabilidade civil, tal como tradicionalmente é concebida no espaço da Civil Law, revela-se impotente em muitas situações em que o lucro derivado da prática de um facto ilícito é superior ao dano provocado, sobretudo quando este último não é revelado pela teoria da indiferença, ou é dificilmente contabilizável ou, ainda, quando se trata de dano cuja natureza patrimonial é duvidosa”. (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 782-783.)

⁴¹ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. [BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.]

⁴² “According to the usual formulation, punitive damages can be awarded when the defendant’s behavior is malicious, oppressive, gross, willful and wanton, or fraudulent”. (COOTER, Robert D. Punitive damages, social norms, and economic analysis. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 60, n. 3, p. 75, 1997. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=lcp>>. Acesso em: 29 jul.

alcançado por meio da análise econômica do direito, a qual oferece diretrizes para o desenvolvimento deste instituto.⁴³

O pressuposto básico da análise econômica do direito é o de que as normas influenciam comportamentos, pois geram incentivos (positivos ou negativos) aos atores, mas também de que normas diversas conduzem a resultados diversos, razão pela qual a análise econômica do direito sugere que é preciso compreender as consequências das regras para escolha e tomada de decisões, uma vez que pressupõe que o indivíduo é um ser racional, de modo que a racionalidade que se aplica à esfera econômica orienta seus passos na alocação de recursos.⁴⁴

A teoria econômica do crime e das penas oferece um modelo preditivo do comportamento criminoso, baseado na teoria econômica da escolha racional⁴⁵ para se praticar um crime,^{46,47} haja vista que o objetivo central do direito penal associado à teoria econômica é a minimização dos custos sociais dos crimes, que são iguais à soma dos prejuízos causados às vítimas e dos custos de sua prevenção, por meio da dissuasão socialmente ótima, o que consequentemente resulta na maximização do bem-estar social.

A legislação deve estabelecer a pena ótima, qual seja a pena severa o suficiente para que o benefício líquido esperado do crime para o transgressor seja negativo e, com efeito, gere efeitos dissuasivos em relação ao crime, de modo a desincentivar o agente à prática de condutas ilícitas semelhantes, à medida que o indivíduo racional pratica um ato apenas se o

2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “De acordo com a formulação usual, a punição civil pode ser concedida quando o comportamento do réu é malicioso, coativo, exagerado, intencional e arbitrário, ou fraudulento”.

⁴³ “*Law and economics theory has led the way in establishing a coherent view of deterrence*”. (RHEE, Robert J. A financial economic theory of punitive damages. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 111, n. 1, p. 36, oct. 2012. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=mlr>>. Acesso em: 29 jul. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “O direito e a teoria econômica têm aberto caminho para estabelecer uma visão coerente da dissuasão”.

⁴⁴ “O argumento básico da abordagem econômica do crime é que os infratores reagem aos incentivos, tanto positivos como negativos e que o número de infrações cometidas é influenciado pela alocação de recursos públicos e privados para fazer frente ao cumprimento da lei e de outros meios de preveni-los ou para dissuadir os indivíduos a cometê-los. Para os economistas, o comportamento criminoso não é visto como uma atitude simplesmente emotiva, irracional ou anti-social, mas sim como uma atividade eminentemente racional”. (BALBINOTTO NETO, Giacommo. A teoria econômica do crime. *Revista Leader*, Porto Alegre, v. 35, fev. 2003. Disponível em: <http://www.revistalider.com.br/leader/edicao_35/artigo_01.asp>. Acesso em: 14 fev. 2015.).

⁴⁵ Segundo a teoria econômica da escolha racional, os agentes tomadores de decisão seguem racionalmente seu autointeresse, isso porque cada indivíduo possui suas preferências (=gostos e valores próprios) e, à luz das preferências, cada pessoa maximiza sua utilidade (=satisfação dos desejos e necessidades humanas infinitas), busca alcançar seus objetivos (=desejos) por meios adequados (=racionalidade): (I) dadas suas limitações cognitivas (=escassez); e, (II) a existência de custos para adquirir informação (=escassez).

⁴⁶ COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 472.

⁴⁷ “É possível, entretanto, analisar o conceito de crime como comportamento socialmente danoso, a partir de considerações relacionadas à eficiência econômica”. [TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 298.]

benefício social marginal superar o custo social marginal, o que significa dizer que o legislador deve impor penas que minimizem a soma dos prejuízos sociais causados pelo crime aos lesados e o custo de dissuadi-lo, a fim de que haja minimização dos custos sociais dos crimes e, por conseguinte, maximização do bem-estar social.⁴⁸

A dissuasão socialmente ótima anula o dano, razão pela qual ocorre no ponto da curva em que o custo esperado da punição é igual ao ganho esperado do crime, isso porque o benefício líquido esperado do crime para o criminoso é positivo enquanto o custo da dissuasão não é nulo.⁴⁹

A teoria econômica da punição civil, desenvolvida por Mitchell Polinsky e Steven Shavell, é baseada na ideia de minimizar o custo social do acidente por intermédio da dissuasão eficiente, razão pela qual a punição civil só deve ser concedida se o criminoso tiver a chance de escapar da responsabilidade pelos prejuízos causados,⁵⁰ haja vista que o objetivo da punição é a perda da utilidade que corresponda à censura do comportamento ilícito do infrator.

A equação $RE[U] = p.U(Y-f) + (1-p).U(Y)$ (Figura 4) justifica a criação da punição civil devido à racionalidade do crime, visto que demonstra que o retorno esperado do crime $RE[U]$ é a soma do custo esperado da punição $p.U(Y-f)$ ao ganho esperado do crime $(1-p).U(Y)$, ou, mais especificamente, é a desutilidade da punibilidade *versus* a probabilidade de ser responsabilizado somada à probabilidade de não ser responsabilizado *versus* o retorno do crime, e, por derradeiro, confirma que a dissuasão somente será eficiente para redução da criminalidade caso o custo esperado da punição seja igual ou superior ao ganho esperado do crime, ou seja, caso o retorno esperado do crime seja negativo, sob pena de o ato ilícito ultrajante ser economicamente vantajoso para o ofensor na persecução da conduta.

As categorias contidas na equação acima descrita representadas pelas letras p , U , Y e f significam, respectivamente, a probabilidade de ser responsabilizado, a quantidade de vítimas, o fruto do crime e a condenação total; enquanto, as expressões algébricas nela contidas representadas pelas fórmulas $(1-p)$, $U(Y)$ e $U(Y-f)$, significam, respectivamente, a probabilidade de não ser responsabilizado, o retorno do crime e a desutilidade da punição.

⁴⁸ COOTER, Robert D; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 472-479.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 490-491.

⁵⁰ No original: “*The economic theory of punitive damages is based on the idea of minimizing social cost through optimal deterrence. The leading proponents of this theory are Mitchell Polinsky and Steven Shavell. They argue that punitive damages should only be awarded if a defendant has a chance to escape liability for the harm it causes*”. (RHEE, Robert J. A financial economic theory of punitive damages. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 111, n. 1, p. 52, oct. 2012. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=mlr>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

Figura 4 – Equação justificadora da criação da punição civil

RE[U]	=	p	x	U	(Y	-	f)	+	(1-p)	x	U	(Y)
		↓		↓		↓		↓				↓		↓			↓	
	=	probabilidade de ser responsabilizado	x	quantidade de vítimas	(fruto do crime	-	condenação total)	+	probabilidade de não ser responsabilizado	x	quantidade de vítimas	(fruto do crime)		
		↓		↓		↓		↓			↓		↓		↓		↓	
retorno esperado do crime	=	probabilidade de ser responsabilizado	x	desutilidade da punição					+	probabilidade de não ser responsabilizado	x	retorno do crime						
		↓		↓						↓		↓						
retorno esperado do crime	=	custo esperado da punição							+	ganho esperado do crime								

A condenação total imposta naqueles casos em que os ofensores são considerados responsáveis deve ser aumentada o suficiente para que o custo esperado da punição seja igual ao ganho esperado do crime, caso contrário as motivações dos agentes causadores de danos para tomar precauções serão inadequadas e seu incentivo para participar de atividades arriscadas será excessivo,⁵¹ já que o sistema de responsabilidade civil baseado exclusivamente na medida da mera extensão do dano se revela economicamente ineficiente.

O caráter punitivo da responsabilidade civil é, pelo menos do ponto de vista econômico, destinado a reforçar o funcionamento preventivo do sistema de responsabilidade civil, haja vista que consiste em punir a conduta censurável do transgressor e dissuadir a prática de condutas antijurídicas análogas, por meio da fixação de punição civil para além da indenização, face à prática de ilícito grave, uma vez que a indenização não é suficiente para deter potenciais infratores e reduzir os índices de criminalidade.⁵²

⁵¹ No original: “To remedy these problems, the damages that are imposed in those instances when injurers are found liable should be raised sufficiently so that injurers’ expected damages will equal the harm they cause. [...] If damages merely equal harm, injurers’ motivations to take precautions will be inadequate and their incentive to participate in risky activities will be excessive”. [POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 768. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.]

⁵² “The punitive character is, at least from an economic point of view, intended to strengthen the preventive functioning of tort law, where compensatory damages are not sufficient”. [VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Coord.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vienna: Springer, 2009. p. 14. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/18508033.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.] Em livre tradução da autora, lê-se: “O caráter punitivo é, pelo menos do ponto de vista econômico, destinado a reforçar o funcionamento preventivo do sistema de responsabilidade civil, no qual a indenização não é suficiente”.

A punição civil é uma modalidade controvertida de responsabilidade civil extracontratual e subjetiva que está associada à finalidade dissuasivo-aflitiva e focaliza a reprovabilidade social da conduta praticada pelo agente causador do dano, de modo a puni-lo para coibi-lo de reiterar a prática daquele comportamento ilícito e desincentivar terceiros ao cometimento de novas condutas antijurídicas semelhantes para conter a ocorrência desta atividade lesiva em larga escala.

A punição civil está associada à hipótese de restar configurado comportamento ilícito que envolva direito patrimonial ou extrapatrimonial no qual se apure a responsabilidade civil subjetiva do agente (culpa grave ou dolo),⁵³ de modo a se traduzir na aplicação de pena civil em desfavor do autor do ato ilícito civil, para além da quantia equivalente à indenização baseada na mera extensão do prejuízo causado, logo atua com enfoque prospectivo em busca da contenção de comportamentos reprováveis e ofensivos à ordem social e a interesses públicos, a fim de conferir maior efetividade à responsabilidade civil.

A punição civil, para além da indenização, visa a dissuasão adequada das condutas ilícitas intencionais graves,⁵⁵ o que se alcança a partir da equivalência entre o custo esperado da punição e o ganho esperado do crime, haja vista que o retorno esperado do crime será anulado, e, com efeito, o número de ofensas tenderá a diminuir, pois as ofensas que continuarem a ocorrer são aquelas que produzem benefícios líquidos.

Nem todas as condutas que dão retorno para agentes causadores de danos a terceiros são punidas, porque nem todas as vítimas litigam⁵⁶ e parte considerável daquelas que

⁵³ Consolidou-se nesse sentido o entendimento doutrinário e jurisprudencial norte-americano, consoante expõe Anthony J. Sebok: “*Punitive damages also give a victim a way to ‘get back’ at the person who wronged them. In America, punitive damages are not available in cases of simple negligence. They are available only if the defendant acted with malice or gross negligence*”. (SEBOK, Anthony J. The difference punitive damages make. *CNN.com*, Atlanta, 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2001/LAW/06/columns/fl.sebok.punitive.damages.06.14/>>. Acesso em: 17 out. 2016.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A punição civil também é uma maneira da vítima se ‘voltar’ para a pessoa que lhe prejudicou. Na América, a punição civil não se aplica aos casos de negligência simples, sendo aplicáveis somente se o réu agiu com dolo ou culpa grave”.

⁵⁴ Cass Sustein salienta que os *punitive damages* não podem ser concedidos somente porque o réu agiu de forma negligente, pois somente a atitude dolosa ou gravemente culposa poderia justificar sua fixação. [SUSTEIN, Cass R. To punish or not. In: SUSTEIN, Cass R. et al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. p. 75.]

⁵⁵ “*As explained, compensatory damages are sufficient to deter unintentional faults and insufficient to deter intentional faults. [...] Thus, restricting punitive damages to intentional faults is consistent with the purposes of deterrence and punishment. [...] restriction to gross faults, also seems consistent with punishment and deterrence*”. (COOTER, Robert D. Economic analysis of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 90, 1982-1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpubs>>. Acesso em: 29 jul. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Como explicado, a indenização é suficiente para deter falhas não intencionais e insuficiente para impedir falhas intencionais. [...] Assim, restringir a punição civil a falhas intencionais é consistente com os propósitos de dissuasão e punição. [...] restrição a erros grosseiros também parece consistente com a punição e a dissuasão”.

⁵⁶ “Figure-se a hipótese de determinada companhia telefônica manipular as contas de modo a usurpar R\$ 3,00, por mês de cada consumidor, durante dois anos, prazo em que o Estado, apesar das reiteradas denúncias, nada

demandam em juízo costumam celebrar acordos no curso do processo. Suponha que 10% (dez por cento) dos casos de *overbooking* de determinada companhia aérea, por exemplo, fossem levados ao Poder Judiciário e resultassem na condenação do transgressor ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), logo a probabilidade do ofensor não ser responsabilizado é de 90% (noventa por cento), razão pela qual o autor do dano ganha mais praticando a conduta ilícita intencional do que não a praticando, todavia o infrator repensaria tal prática caso fosse estabelecida uma punição civil em um patamar que anulasse ou superasse o benefício social marginal.

A probabilidade do agente causador de danos ser responsabilizado pelos prejuízos causados a terceiros, em regra, está abaixo de 100% (cem por cento), já que nem todas as vítimas litigam e parte considerável daquelas que demandam em juízo costumam celebrar acordos no curso do processo, o que gera incentivos à prática de comportamentos ilícitos indesejados e faz com que os prejuízos esperados do acidente tendam a ser inferiores aos custos da precaução e que, em regra, o crime compense aos malfeitores em face do potencial lucrativo das condutas ilícitas.

A baixa probabilidade de responsabilização do ofensor pelos danos decorrentes da violação de direitos alheios resulta na sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa, face à perda de eficiência do sistema de responsabilidade civil baseado na mera extensão do dano, o que pode ser demonstrado a partir da análise do fenômeno da litigância habitual no Processo Judicial Eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília (CEJUSC-JEC/BSB),⁵⁷ bem como dos dados constantes dos relatórios da Justiça em Números 2016, 2017 e 2018, todos publicados pelo Conselho Nacional de Justiça.

O litigante habitual, toda pessoa física ou jurídica que frequentemente é sujeito processual, seja no polo ativo, seja no polo passivo, leva grandes vantagens sobre o litigante eventual, aquele que raramente figura como sujeito processual, pois “a eficiência dos

fez para coibir a violação que rende à empresa, digamos, R\$ 40.000.000,00 de lucro ilícito no período e a cada um dos lesados R\$ 72,00 de prejuízo. Exceto na hipótese de uma ação coletiva, provavelmente a maioria das vítimas não terá o dano reparado, pelo fato de não querer ir a juízo ou de não encontrar advogados dispostos a fazê-lo [...]”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 378.)

⁵⁷ Informações extraídas em 27/04/2015 das estatísticas do Processo Judicial Eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília (CEJUSC-JEC/BSB) na apresentação expositiva sobre a inovação tecnológica implantada no TJDFT ministrada pelo Prof. Leonardo Roscoe Bessa para os integrantes do grupo de pesquisa *Direito do Consumidor em Números* do Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília.

litigantes habituais decorre de alguns fatos e posturas que podem ser adotadas, exatamente por posição assídua frente ao Poder Judiciário”.⁵⁸

A habitualidade possibilita ao litigante habitual inúmeras vantagens: saber quais estratégias tem maior possibilidade de êxito ao final da demanda devido à maior experiência com o Direito e ao melhor planejamento do litígio; reduzir gastos com honorários advocatícios em decorrência da economia de escala; melhor custo-benefício da demanda face à numerosa quantidade de casos e, conseqüentemente, à diluição dos riscos da demanda; testar estratégias com determinados casos, a fim de garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros; e, desenvolver tese jurídica de acordo com a tendência de cada julgador com o intuito de ser favorecido na decisão final e em eventuais demandas futuras.⁵⁹

As estatísticas do Processo Judicial Eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania dos Juizados Especiais Cíveis de Brasília (CEJUSC-JEC/BSB), obtidas em 27/04/2015, evidenciam o fenômeno da litigância habitual.

Os 10 (dez) litigantes mais demandados, por quantidade de processos distribuídos no PJe do TJDFT, em ordem decrescente, conforme se extrai da Figura 5, são: 1) Distrito Federal (1209 ou 7,33%); 2) Tam Linhas Aéreas S/A (345 ou 2,09%); 3) Banco do Brasil S/A (339 ou 2,06%); 4) Tim Celular S/A (317 ou 1,92%); 5) Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB (305 ou 1,85%); 6) Claro S/A (291 ou 1,77%); 7) Departamento de Trânsito do Distrito Federal – DETRAN (280 ou 1,70%); 8) BRB Banco de Brasília S/A (279 ou 1,69%); 9) Gold Santorini Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA (239 ou 1,45%); e, 10) Telefônica Brasil S/A – Vivo (208 ou 1,26%).

Os demais demandados somam 12.674 (doze mil, seiscentos e setenta e quatro) processos distribuídos, o que representa 76,88% (setenta e seis inteiros e oitenta e oito centésimos por cento), de modo que aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) dos processos distribuídos estão concentrados entre 10 (dez) demandados, o que reflete o fenômeno da litigância habitual, haja vista que há um índice elevado de concentração de poucos litigantes no polo passivo da demanda judicial no PJE do TJDFT.

⁵⁸ SENA, Adriana Goulart de Sena Orsini. Juízo Conciliatório Trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 147, jan/jun 2007. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73967/2007_sena_adriana_juizo_conciliatorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 25.

Figura 5 – Quadro representativo dos 10 (dez) litigantes mais demandados no PJe do TJDFT

Demandados	Processos distribuídos em números	Processos distribuídos em percentual (%)
Distrito Federal	1.209	7,33
Tam Linhas Aéreas S/A	345	2,09
Banco do Brasil S/A	339	2,06
Tim Celular S/A	317	1,92
Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal (CAESB)	305	1,85
Claro S/A	291	1,77
Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN)	280	1,70
BRB Banco de Brasília S/A	279	1,69
Gold Santorini Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA	239	1,45
Telefônica Brasil S/A (Vivo)	208	1,26
Demais demandados	12.674	76,88
Total	16.486	100,00

Os 15 (quinze) litigantes mais demandados, por quantidade de processos distribuídos no CEJUSC-JEC/BSB, em ordem decrescente, consoante se extrai da Figura 6, são: 1) Distrito Federal (1167 ou 8,76%); 2) Tam Linhas Aéreas S/A (345 ou 2,59%); 3) Banco do Brasil S/A (333 ou 2,50%); 4) Tim Celular S/A (316 ou 2,37%); 5) Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB (305 ou 2,29%); 6) Claro S/A (291 ou 2,18%); 7) Departamento de Trânsito do Distrito Federal – DETRAN (280 ou 2,10%); 8) BRB Banco de Brasília S/A (279 ou 2,09%); 9) Gold Santorini Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA (239 ou 1,79%); 10) Telefônica Brasil S/A – Vivo (208 ou 1,56%); 11) Oi Móvel S/A (205 ou 1,54%); 12) VRG Linhas Aéreas S/A (155 ou 1,16%); 13) Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A (148 ou 1,11%); 14) Oi S/A (139 ou 1,04%); e, 15) Decolar.com LTDA (134 ou 1,01%).

Os demais demandados somam 8.781 (oito mil, setecentos e oitenta e um) processos distribuídos, o que representa 65,90% (sessenta e cinco inteiros e nove décimos por cento), de modo que aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) dos processos distribuídos estão concentrados entre 15 (quinze) demandados, o que retrata o fenômeno da litigância habitual,

haja vista que há um índice elevado de concentração de poucos litigantes no polo passivo da demanda judicial no CEJUSC-JEC/BSB.

Figura 6 – Quadro representativo dos 15 (quinze) litigantes mais demandados no CEJUSC-JEC/BSB

Demandados	Processos distribuídos em números	Processos distribuídos em percentual (%)
Distrito Federal	1.167	8,76
Tam Linhas Aéreas S/A	345	2,59
Banco do Brasil S/A	333	2,50
Tim Celular S/A	316	2,37
Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal (CAESB)	305	2,29
Claro S/A	291	2,18
Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN)	280	2,10
BRB Banco de Brasília S/A	279	2,09
Gold Santorini Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA	239	1,79
Telefônica Brasil S/A (Vivo)	208	1,56
Oi Móvel S/A	205	1,54
VRG Linhas Aéreas S/A	155	1,16
Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A	148	1,11
Oi S/A	139	1,04
Decolar.com LTDA	134	1,01
Demais demandados	8.781	65,90
Total	13.325	100

O Distrito Federal lidera o ranking dos mais demandados e, conseqüentemente, segundo os dados obtidos em 27/04/2015, parece liderar o ranking da litigância habitual do PJe do TJDFT e do CEJUSC-JEC/BSB, além de que diversos órgãos da administração pública direta e indireta, operadoras de telefonia móvel, companhias aéreas e instituições bancárias parecem figurar como verdadeiros litigantes habituais no âmbito do PJe do TJDFT e CEJUSC-JEC/BSB.⁶⁰

O levantamento fica ainda mais interessante quando se verifica o índice de acordos, especialmente daqueles que figuraram na lista dos 15 (quinze) mais demandados do CEJUSC-JEC/BSB, isso porque os que celebraram maior volume de acordos em relação ao próprio

⁶⁰ “Ponha-se em destaque [...] que, para perplexidade de todos, a Administração Pública, no Brasil, talvez seja o maior e mais manhoso litigante habitual”. (PIMENTEL, Ruy Mendes. O litigante habitual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 88-94, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_88.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017. p. 92.)

número de processos distribuídos, em ordem decrescente, são: 1) Telefônica Brasil S/A – Vivo (87 acordos em 208 processos distribuídos: 41,83%); 2) Tim Celular S/A (108 em 316: 34,18%); 3) Banco do Brasil S/A (105 em 333: 31,53%); 4) Tam Linhas Aéreas S/A (93 em 345: 26,96%); 5) Decolar.com LTDA (36 em 134: 26,87%); e, 6) Claro S/A (54 em 291: 18,56%).

Os demais demandados firmaram 833 (oitocentos e trinta e três) acordos num volume de 11.698 (cento e onze mil, seiscentos e noventa e oito) processos distribuídos, o que representa 7,12% (sete inteiros e doze centésimos por cento), de modo que aproximadamente 93% (noventa e três por cento) dos acordos celebrados estão concentrados entre os 15 (quinze) mais demandados, o que retrata um dos efeitos positivos do fenômeno da litigância habitual, haja vista que há um índice elevado de acordos celebrados por poucos litigantes integrantes do polo passivo da demanda judicial no CEJUSC-JEC/BSB.

O Distrito Federal, assim como os órgãos da administração pública direta e indireta, não costuma celebrar acordos, ainda que figure na liderança do ranking de litigância habitual explicitado nas figuras 5 e 6, todavia é possível inferir que: dentre as operadoras de telefonia móvel que figuraram na lista dos 15 (quinze) mais demandados no CEJUSC-JEC/BSB, a Telefônica Brasil S/A (Vivo) é a que costuma celebrar maior volume de acordos em relação ao próprio número de processos distribuídos, seguida da TIM Celular S/A e, posteriormente, da Claro S/A; dentre as instituições bancárias que figuraram na lista dos 15 (quinze) mais demandados no CEJUSC-JEC/BSB, o Banco do Brasil S/A é o que costuma celebrar maior volume de acordos em relação ao próprio número de processos distribuídos; e, dentre as companhias aéreas que figuraram na lista dos 15 (quinze) mais demandados no CEJUSC-JEC/BSB, a Tam Linhas Aéreas S/A é a que costuma celebrar maior volume de acordos em relação ao próprio número de processos distribuídos.

As 9.349 (nove mil, trezentos e quarenta e nove) audiências realizadas no CEJUSC-JEC/BSB resultaram na celebração de 1.865 (hum mil, oitocentos e sessenta e cinco) acordos, o que, em percentual de acordos, equivale a 19,32% (dezenove inteiros e trinta e dois centésimos por cento) e, em valor total de acordos, representa R\$ 4.332.653,77 (quatro milhões, trezentos e trinta e dois mil, seiscentos e cinquenta e três reais e setenta e sete centavos), o que demonstra que parte considerável da quantidade de demandantes costumam celebrar acordos com litigantes habituais, de modo a aceitar o recebimento de valor inferior ao pleiteado em juízo.

O fenômeno da litigância habitual evidenciado no PJe do TJDF e do CEJUSC-JEC/BSB resulta na constatação da perda de eficiência da responsabilidade civil lastreada na

mera extensão do dano, o que serve de forte indício de que o crime compensa aos transgressores em decorrência do potencial lucrativo dos comportamentos ilícitos em uma sociedade de produção e consumo em massa.

O relatório *Justiça em Números 2016*,⁶¹ em semelhante sentido no tocante à perda de eficiência do sistema de responsabilidade civil baseado na extensão do dano, revelou que 27.834.052 (vinte e sete milhões, oitocentos e trinta e quatro mil e cinquenta e duas) novas ações foram ajuizadas no país ao longo do ano de 2015, de modo a totalizar 76.922.131 (setenta e seis milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e trinta e um) processos em trâmite no Poder Judiciário do País.

Dois dos cinco assuntos com alto índice quantitativo de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual são atinentes ao Direito Civil e um deles é relativo ao Direito do Consumidor, cujo destaque fica para as novas ações relativas a Direito Civil/ Obrigações/ Espécies de contratos (1.778.051 processos), Direito do Consumidor/ Responsabilidade do fornecedor/ Indenização por dano moral (1.622.414 processos) e Direito Civil/ Responsabilidade civil/ Indenização por dano moral (855.205 processos); enquanto que o Direito do Consumidor/Responsabilidade do fornecedor/Indenização por dano moral é o assunto mais recorrente nos juizados especiais e nas turmas recursais, com, pelo menos, 1.096.278 e 141.976 processos, respectivamente.

O índice de conciliação, dado pelo percentual de sentenças homologatórias de acordo em comparação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas em juízo, atingiu o patamar de 11,1% (onze inteiros e um décimo por cento) em todo o Poder Judiciário no ano de 2015, ao passo que alcançou o percentual de 9,4% (nove inteiros e quatro décimos por cento) na Justiça Estadual, o que demonstra que parte considerável dos litigantes eventuais costumam celebrar acordos com litigantes habituais no curso do processo, de modo a aceitar o recebimento de valor inferior ao pleiteado em juízo e, com efeito, incentivar a prática de comportamentos ilícitos indesejados.

O relatório *Justiça em Números 2017*,⁶² em semelhante sentido no tocante à perda de eficiência do sistema de responsabilidade civil lastreado na extensão do dano, revelou que 29.351.145 (vinte e nove milhões, trezentos e cinquenta e um mil, cento e quarenta e cinco)

⁶¹ Informações extraídas do anuário da Justiça em Números 2016 (ano-base 2015) publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016*: ano-base 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

⁶² Informações extraídas do anuário da Justiça em Números 2017 (ano-base 2016) publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017*: ano-base 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

novas ações foram ajuizadas no país ao longo do ano de 2016, de modo a totalizar 79.662.896 (setenta e nove milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, oitocentos e noventa e seis) processos em trâmite no Poder Judiciário do País, bem como que a Justiça Estadual é responsável por aproximadamente 67% (sessenta e sete por cento) do volume total de casos novos ajuizados no Poder Judiciário.

Três dos cinco assuntos com alto índice quantitativo de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual são atinentes ao Direito Civil e um deles é relativo ao Direito do Consumidor, cujo destaque fica para as novas ações relativas a Direito Civil/ Obrigações/ Espécies de contratos (1.944.996 processos), Direito do Consumidor/ Responsabilidade do fornecedor/ Indenização por dano moral (1.760.905 processos) e Direito Civil/ Responsabilidade civil/ Indenização por dano moral (1.001.899 processos); enquanto que o Direito do Consumidor/Responsabilidade do fornecedor/Indenização por dano moral é o assunto mais recorrente nos juizados especiais e nas turmas recursais, com, pelo menos, 1.234.983 e 144.754 processos, respectivamente.

O índice de conciliação atingiu o patamar de 11,9% (onze inteiros e nove décimos por cento) em todo o Poder Judiciário no ano de 2016, ao passo que alcançou o percentual de 10,9% (dez inteiros e nove décimos por cento) na Justiça Estadual, o que demonstra que parte considerável dos litigantes eventuais costumam celebrar acordos com litigantes habituais no curso do processo, de modo a aceitar o recebimento de valor inferior ao pleiteado em juízo e, com efeito, incentivar a prática de comportamentos ilícitos indesejados.

O relatório *Justiça em Números 2018*,⁶³ em semelhante sentido no tocante à perda de eficiência da responsabilidade civil baseada na extensão do dano, revelou que 29.113.579 (vinte e nove milhões, cento e treze mil, quinhentos e setenta e nove) novas ações foram ajuizadas no país ao longo do ano de 2017, de modo a totalizar 80.069.305 (oitenta milhões, sessenta e nove mil, trezentos e cinco) processos em trâmite no Poder Judiciário do País, bem como que a Justiça Estadual é responsável por aproximadamente 69% (sessenta e nove por cento) do volume total de casos novos ajuizados no Poder Judiciário.

Três dos cinco assuntos com alto índice quantitativo de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual são atinentes ao Direito Civil e um deles é relativo ao Direito do Consumidor, cujo destaque fica para as novas ações relativas a Direito Civil/ Obrigações/ Espécies de contratos (1.944.996 processos), Direito do Consumidor/ Responsabilidade do

⁶³ Informações extraídas do anuário da Justiça em Números 2018 (ano-base 2017) publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

fornecedor/ Indenização por dano moral (1.760.905 processos) e Direito Civil/ Responsabilidade civil/ Indenização por dano moral (1.001.899 processos); enquanto que o Direito do Consumidor/ Responsabilidade do fornecedor/ Indenização por dano moral é o assunto mais recorrente nos juizados especiais e nas turmas recursais, com, pelo menos, 1.234.983 e 144.754 processos, respectivamente.

O índice de conciliação atingiu o patamar de 12,1% (doze inteiros e um décimo por cento) em todo o Poder Judiciário no ano de 2017, ao passo que alcançou o percentual de 10,7% (dez inteiros e sete décimos por cento) na Justiça Estadual, o que demonstra que parte considerável dos litigantes eventuais costumam celebrar acordos com litigantes habituais no curso do processo, de modo a aceitar o recebimento de valor inferior ao pleiteado em juízo e, com efeito, incentivar a prática de comportamentos ilícitos indesejados.

Os dados constantes dos relatórios da Justiça em Números 2016, 2017 e 2018 permitem detectar um elevado índice de judicialização no Brasil, o crescimento acentuado do número de demandas judiciais cujos assuntos são relativos ao âmbito da responsabilidade civil no Direito Civil e Direito do Consumidor e o crescimento do índice de conciliação em todo o Poder Judiciário do País, o que está associado ao forte indício de que o crime compensa aos transgressores em decorrência do potencial lucrativo dos comportamentos ilícitos em uma sociedade de produção e consumo em massa e, por derradeiro, resulta na constatação da perda de eficiência da responsabilidade civil lastreada na mera extensão do dano.

A perda de eficiência derivada dos erros de execução⁶⁴ intencionalmente cometidos pelo ofensor com o objetivo de fomentar o lucro⁶⁵ pode ser restaurada por meio da imputação da punição civil, para além da indenização,⁶⁶ isso porque a ameaça de ser responsabilizado induz os potenciais infratores a incorporar as possíveis perdas de terceiros em sua decisão

⁶⁴ *Enforcement error* ou erro de execução significa a medida da imperfeição da responsabilidade, isto é, a diferença entre a reparação efetivamente devida e paga.

⁶⁵ “O dilema da responsabilidade civil surge justamente pelo fato de o esquema ressarcitório jamais funcionar perfeitamente, em razão do ‘erro de execução’. Ele decorre não apenas da incapacidade de as cortes jurisdicionais arbitrarem ‘indenizações perfeitas’, mas também dos inúmeros fatores que fazem com que o causador do dano escape à responsabilidade. [...] Com todas essas mazelas sistêmicas, o ofensor é bastante instigado a descumprir a lei e a causar prejuízos, na medida em que as imperfeições indenitárias fomentam o lucro ilícito”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 433.)

⁶⁶ “*Detering the purely self-interested decisionmaker requires supplementing compensatory damages with punitive damages to overcome the enforcement error*”. (COOTER, Robert D. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 1150, 1989. Disponível em: <https://works.bepress.com/robert_cooter/91/>. Acesso em: 20 mar. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Dissuadir o tomador de decisões puramente egoísta requer a suplementação de indenização com punição civil para superar o erro de execução”.

sobre o nível de cuidado a ser tomado e a frequência do engajamento na atividade,⁶⁷ de maneira que o aumento da pena esperada tende a causar uma redução significativa da criminalidade (Lei da Dissuasão), na medida em que a punição civil é o equivalente monetário que faz com que o criminoso prefira a ausência de lesão a ter o dano com pagamento de uma soma que reflita um montante proporcional à seriedade do crime.

O aumento da condenação total a partir da introdução da punição civil em nível dissuasivo eficiente se mostra, então, necessária para neutralizar a probabilidade muito baixa de o ofensor ser responsabilizado, para contrabalançar custos e benefícios socialmente ilícitos e, ainda, para induzir trocas voluntárias.⁶⁸

Se a probabilidade de punição é mínima, deve-se investir para aumentar a probabilidade de punição ou aumentar a pena esperada para desestimular a prática dos crimes, a fim de que o crime não compense, pois caso o transgressor identifique que a condenação total é inferior ao fruto do crime, tende a optar pela violação aos direitos de outrem face à lucratividade da conduta lesiva, já que o lucro ilicitamente obtido a partir da prática do ato ilícito é superior à condenação imposta ao agente causador do dano, o que faz com que o crime compense.⁶⁹

A condenação total é a soma da indenização à punição civil e deve ser calculada a partir do prejuízo causado à vítima multiplicado pelo recíproco da probabilidade do agente causador do dano ser considerado responsável quando deveria caso o réu tenha a chance de escapar da responsabilidade por determinada conduta ilícita, o que pode ser representado pela equação $f = Y(1/p)^{70}$ (Figura 7), a fim de tornar desinteressante a conduta lesiva do ofensor a partir da remoção de seu potencial lucrativo, ao ponto de fazê-lo desistir ou, no mínimo,

⁶⁷ No original: “*The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity*”. [VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Coord.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vienna: Springer, 2009. p. 2. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/18508033.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.]

⁶⁸ No original: “*Increasing total damages is then necessary to offset the too low probability of being held liable, to counterbalance socially illicit costs or benefits or to induce voluntary transfers*”. (Ibidem. p. 14.)

⁶⁹ “Movidos por um intuito puramente lucrativo, se os agentes econômicos chegam à conclusão de que a indenização a pagar será inferior ao lucro (porque a indenização só será paga mais tarde, no caso de condenação judicial), escolhem a violação dos direitos de personalidade, porque o ‘o lucro compensa’.” (LOURENÇO, Paula Meira. A indenização punitiva e os critérios para a sua determinação. *Colóquio ‘responsabilidade civil – novas perspectivas’*, Lisboa, n. 20, p. 15, mar. 2008. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2016.)

⁷⁰ Em semelhante sentido: “*From this perspective, when a defendant has a chance of escaping liability for wrongful conduct, the total damages should be the harm caused multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable. This concept can be expressed in a mathematical formula: $D = H \times 1/P$ where D is the total damages awarded, H is the magnitude of the harm, and P is the probability of being found liable*”. (RHEE, Robert J. A financial economic theory of punitive damages. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 111, n. 1, p. 52, oct. 2012. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=mlr>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

repensar a respeito da consecução da atividade ilícita, ainda que hajam erros de execução fundados em diversas motivações.

Figura 7 – Equação representativa da condenação total

f	=	Y	x	(1 / p)
↓		↓		↓
condenação total	=	fruto do crime	x	(1 / probabilidade de ser responsabilizado)

A análise econômica do direito argumenta que a punição civil deve ser imposta aos ofensores que, de outra forma, escapariam à responsabilidade por meio de atos ilícitos não detectados⁷¹ e, por isso, deve ser igual ao prejuízo causado ao ofendido multiplicado pelo recíproco da probabilidade do ofensor ser responsabilizado por atividades ilícitas e, ao final, ser subtraído o fruto do crime a ser objeto de indenização, representada pela equação $P_c = [Y(1/p)] - Y$ (Figura 8), na qual P_c equivale à punição civil, logo o nível ótimo de punição civil é o nível ótimo de condenação total menos o nível ótimo de indenização.

Figura 8 – Equação representativa da punição civil

P_c	=	[Y x (1 / p)]	-	Y
↓		↓		↓
punição civil	=	[fruto do crime x (1 / probabilidade de ser responsabilizado)]	-	fruto do crime
↓		↓		↓
punição civil	=	condenação total		- indenização

⁷¹ No original: “The standard law and economics theory argues that punitive damages should be imposed on defendants who would otherwise escape liability through undetected wrongful acts”. (RHEE, Robert J. A financial economic theory of punitive damages. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 111, n. 1, p. 36, oct. 2012. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=mlr>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

A fórmula supracitada pode ser objetivamente transcrita para a equação $P_c = Y[(1/p) - 1]$ (Figura 9), na qual a expressão algébrica nela contida representada pela fórmula $[(1/p) - 1]$ é o múltiplo punitivo.⁷²

Figura 9 – Equação representativa da punição civil

P_c	=	Y	x	[(1	/	p)	-	1]
punição civil	=	fruto do crime	x	[(1	/	probabilidade de ser responsabilizado)	-	fruto do crime]
punição civil	=	fruto do crime	x	múltiplo punitivo								

O ponto central justificador da criação da punição civil no direito brasileiro é que as sanções devem ser infladas caso os ofensores possam escapar da responsabilidade para que a dissuasão socialmente eficiente seja alcançada,⁷³ razão pela qual a punição civil deve ser elevada a um patamar que seja suficiente para anular o ganho esperado do crime, a fim de que o autor do ato ilícito danoso prefira a ausência de lesão a arcar com o acidente indenizado.

A concessão da punição civil serve ao propósito adicional de obstar a lucratividade ilicitamente obtida pelo agente causador do dano que escaparia à responsabilidade por meio de atos ilícitos não detectados e, com efeito, desestimular a prática do crime que se tornou insuficientemente lucrativo, pois se os infratores são racionais, não é preciso tornar o crime impossível para desincentivar a sua prática, basta apenas torná-lo não lucrativo.

Nem todas as condutas que dão retorno para os agentes causadores de danos a terceiros são punidas, porque nem todas as vítimas litigam e parte considerável daquelas que demandam em juízo costumam celebrar acordos no curso do processo. Suponha que 10% (dez por cento) dos empregados de determinada construtora que os lesa sistematicamente, por exemplo, postule em juízo e que o fruto do crime fosse de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) por empregado, motivo pelo qual o nível ótimo de condenação total, no caso em tela, seria de R\$

⁷² POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

⁷³ Em semelhante sentido: “The general point that, to achieve proper deterrence, sanctions must be inflated if injurers can escape liability, [...]”. (Ibidem. p. 765.)

10.000,00 (dez mil reais), o valor atinente ao nível ótimo de indenização seria equivalente ao fruto do crime [ou seja, R\$ 1.000,00 (hum mil reais)] e o valor da punição civil para que se alcance o nível de dissuasão eficiente seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), ou seja, o nível ótimo de punição civil é de 9 vezes o valor da indenização, consoante memória de cálculos inserida na Figura 10.

Figura 10 – Memória de cálculos exemplificativa da punição civil

Pc	=	Y	x	[(1	/	p)	-	1]
Pc	=	R\$ 1.000,00	x	[(1	/	10,00%)	-	1]
Pc	=	R\$ 1.000,00	x	[10				-	1]	
Pc	=	R\$ 1.000,00	x	9								
Pc	=	R\$ 9.000,00										
					Quadro-resumo							
probabilidade de ser punido					p	=	10,00%					
fruto do crime					Y	=	R\$ 1.000,00					

A punição civil desempenha um papel importante na regulação do valor das ações ilícitas grosseiras intencionalmente cometidas pelo lesante, todavia pode produzir ineficiências por meio da imposição de responsabilidade legal excessiva ou irrisória a partir da fixação de valores exorbitantes ou ínfimos, porque se o custo esperado da punição ficar além ou aquém do ganho esperado do crime, respectivamente, não gera incentivos comportamentais adequados para dissuadir apropriadamente atos socialmente indesejáveis⁷⁴ e, se a conduta não for intencional, a imposição de punição civil, para além da indenização, é

⁷⁴ “If there is a risk that compensatory damages fall short of the true losses of the victim, the injurer does not receive adequate behavioural incentives”. [VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Coord.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vienna: Springer, 2009. p. 7. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/18508033.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.] Em livre tradução da autora, lê-se: “Se houver o risco de a indenização ficar aquém das verdadeiras perdas da vítima, o transgressor não recebe incentivos comportamentais adequados”.

⁷⁵ “The primary goal of gain elimination is the complete deterrence of socially unproductive activities [...]”. (SHARKEY, Catherine M. Economic analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine. *New York University Law and Economics Working Papers*, Nova York, v. 289, p. 489, jan. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1990336>. Acesso em: 18 mai. 2016.) Em livre tradução da autora, lê-se: “O principal objetivo da eliminação dos ganhos ilícitos é a completa dissuasão de atividades socialmente improdutivas [...]”.

desnecessária para dissuasão e imerecida como punição,⁷⁶ pois a falha não intencional pode ser corrigida por intermédio da concessão de mera indenização.

A sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa, derivada da constatação de que, em regra, o crime compensa aos malfeitores em face do potencial lucrativo das condutas ilícitas, decorre do fato de que os prejuízos esperados do acidente tendem a ser inferiores aos custos da precaução, já que nem todas as vítimas litigam e parte considerável daquelas que demandam em juízo costumam celebrar acordos no curso do processo, de modo que a probabilidade do ofensor ser responsabilizado pelos prejuízos causados a terceiros, em regra, está abaixo de 100% (cem por cento), o que justificaria a imputação de punição civil ao transgressor, para além da indenização, desde que haja previsão legal específica que a autorize.

A finalidade da responsabilidade civil extracontratual a partir de uma abordagem juseconômica é a compensatória, pois a indenização é medida com base na extensão do dano causado à vítima, nos termos do artigo 944, do Código Civil, consoante abordado no tópico 1.1, contudo a responsabilidade civil extracontratual também pode assumir um viés dissuasivo, o qual não surte efeitos práticos em termos financeiros porque não pode ser refletido no montante indenizatório, devido à limitação da responsabilização civil à dimensão do dano perpetrado e à inexistência de previsão legal específica que autorize a punição civil no Brasil, já que, de acordo com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ainda que a limitação da responsabilização civil à extensão do dano se revele economicamente ineficiente em uma sociedade de produção e consumo em massa, à medida que não obsta a lucratividade ilicitamente obtida pelo ofensor, uma vez que nem todas os lesados buscam a reparação dos prejuízos que lhe foram causados, conforme explicitado no tópico 1.2.

⁷⁶ No original: “*If fault is unintentional, then imposing punitive damages in addition to compensatory damages is both unnecessary for deterrence and undeserved as punishment*”. (COOTER, Robert D. Economic analysis of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 79, 1982-1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpubs>>. Acesso em: 29 jul. 2018.)

2 As finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro.

A indenização está diretamente relacionada à finalidade compensatória da responsabilidade civil e, por isso, se propõe à precaução, consoante abordado no tópico 1.1, assim como a punição persegue a finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil, razão pela qual se destina à dissuasão, conforme exposto no tópico 1.2, entretanto não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre as finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro.

2.1 A interpretação da legislação civil-constitucional sobre as finalidades da responsabilidade civil extracontratual

A interpretação da legislação civil-constitucional que remete à noção de indenização, punição ou admissão de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório é imprescindível para identificar quais são as finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro.

Um dos fundamentos constitucionais da responsabilidade civil se encontra no artigo 5º, V, da Constituição Federal,⁷⁷ o qual estabelece a reparabilidade dos danos materiais e morais sofridos pelo ofendido, o que significa dizer que a responsabilidade civil brasileira tem precipuamente finalidade compensatória, pois a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais constitui direito e garantia fundamental do lesado.

Outro fundamento constitucional da responsabilidade civil está contido no artigo 5º, X, da Constituição Federal,⁷⁸ o qual assegura o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sob pena de indenização por danos materiais e morais, o que significa dizer que a responsabilidade civil brasileira tem precipuamente finalidade compensatória, pois a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem constitui direito e garantia fundamental do lesado.

⁷⁷ CF, 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.

⁷⁸ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, garante o direito fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, o que significa dizer a lei detém exclusividade na criação de crimes e na cominação de penas, bem como que a lei deve ser anterior ao fato cuja punição se pretende, logo o viés dissuasivo da responsabilidade civil somente pode surtir efeitos práticos em termos financeiros caso haja previsão legal específica que crie a punição civil como categoria autônoma, desvinculada do ilícito reparatório.

O artigo 944 do Código Civil explicita que a indenização é medida pela extensão do dano, cuja literalidade do dispositivo legal pronuncia que o dano é mensurável, todavia, embora o dano patrimonial seja mensurável pela dimensão do prejuízo causado à vítima, o dano extrapatrimonial não é mensurável da mesma forma que a lesão patrimonial, pois, via de regra, tem caráter imaterial,⁷⁹ já que resulta da violação dos direitos da personalidade do ofendido.⁸⁰

A intangibilidade dos danos extrapatrimoniais torna praticamente impossível a demarcação clara da extensão do dano moral e, por conseguinte, a restauração do bem lesado a partir da medição da extensão do dano extrapatrimonial,⁸¹ razão pela qual não basta estipular que a reparação é medida com base na extensão do dano,⁸² embora caiba uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários,⁸³ e, por isso, “há quem proponha

⁷⁹ “Não bastasse isso, a regra do art. 944, em seu inteiro teor (*caput* e parágrafo único), é inaplicável aos danos extrapatrimoniais, em razão da impossibilidade ontológica de se estabelecer a simetria para algo imensurável e infungível”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 302.)

⁸⁰ “O dano moral pode ser conceituado como o vilipêndio a direito da personalidade do lesado, atingindo aspectos não patrimoniais da vida do ser humano. A constatação do referido dano decorre, pois, da demonstração objetiva de que a conduta de alguém lesou direito da personalidade de outrem”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *RR 341700-13.2004.5.09.0018*. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em 05 mai. 2010. DJe 14 mai. 2010.)

⁸¹ “Os interesses cuja lesão desencadeia um dano não patrimonial são infungíveis, não podendo ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, contrabalancear o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro, em virtude da aptidão deste para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses”. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. 7ª Secção. *Processo n. 1026/07.9TBVFX.LI.SI*. Relator: Lopes do Rego. Publicado em 13 set. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj>>. Acesso em: 15 out. 2016.)

⁸² SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 959.

⁸³ “A regra da simetria do artigo 944, *caput*, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a ‘extensão’ do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários”. [MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, ano IX, v. 9, n. 28, p. 22, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 20 dez. 2016.]

contornar o problema mediante a comparação do valor idealmente concebido com decisões de casos semelhantes, a fim de evitar uma distorção muito grande”.⁸⁴

A proposta não se revela apropriada porque consiste na legitimação do montante indenizatório dos danos morais com base em precedentes, os quais passam a expressar o conteúdo econômico de bens intangíveis para alçar um valor médio em casos análogos, evitar condenações excessivamente discrepantes e cooperar com a pacificação social, o que afronta as diretrizes estipuladas pelo ordenamento jurídico no sentido de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano sofrido pelo ofendido.

A utilização da expressão *extensão do dano* no artigo 944, do Código Civil, permite inferir que a indenização é um mecanismo de ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima do dano, razão pela qual a inserção de critérios punitivos na apuração do montante indenizatório de natureza patrimonial ou extrapatrimonial se revela demasiado incoerente, uma vez que extrapolaria os limites da finalidade compensatória, a qual se presta ao reequilíbrio patrimonial do lesado tão somente na extensão do evento danoso a partir da transferência dos danos do patrimônio do lesante ao do lesado, com o intuito de reparar as consequências e os efeitos da conduta ilícita por ele perpetrada, e não a sancionar o autor do comportamento ilícito altamente reprovável a partir da aplicação de uma pena civil nem a dissuadir potenciais infratores da prática de comportamentos antijurídicos análogos.

A equivalência entre a extensão do dano e o montante indenizatório implica, como já foi observado, que a gravidade da conduta não pode ser levada em consideração, sob pena de atribuir um viés dissuasivo a um remédio compensatório,⁸⁶ apesar de ser comum encontrar decisões judiciais que sustentam que o artigo 944 do Código Civil é fundamento para que a indenização sirva de conforto ao ofendido e desincentivo ao ofensor, ainda que o dispositivo supracitado estipule, diversamente, apenas a equivalência entre a lesão e a reparação, uma vez

⁸⁴ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 242.

⁸⁵ É a proposta de Sanseverino: “Assim, deve-se estabelecer, também no momento do arbitramento da indenização, uma relação de razoável equivalência com os interesses lesados. Embora sem conteúdo econômico a lesão, deve-se, no momento do arbitramento da indenização, verificar como a jurisprudência, em casos semelhantes, tem realizado a sua quantificação pecuniária, evitando uma disparidade excessiva para mais ou menos”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.)

⁸⁶ No original: “*L'equivalenza tra la misura del pregiudizio subito e il quantum della riparazione, implica, come già osservato, chela gravità della condotta non possa essere presa in considerazione. Ciò influisce in modo evidente sulla possibilità di imprimere un carattere dissuasivo al rimedio risarcitorio*”. [FRATA, Laura. *Funzioni della responsabilità civile e danni “ultracompensativi”*. Milano: Università Degli Studi di Milano, 2011. 335f. Tesi (Doutorado di Ricerca) – Università Degli Studi di Milano, Milano, 2011. p. 26.]

que se limita a determinar a extensão (todo o dano) e o limite (nada além do dano) da indenização.⁸⁷

O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil,⁸⁸ o qual introduz a possibilidade de redução equitativa da indenização pelo órgão julgante caso haja excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, é contemplado como norma autorizadora do estabelecimento da punição civil, sob o argumento de que a gradação da culpa do transgressor é um critério punitivo e, por isso, a adoção do grau de culpa do ofensor no cômputo da indenização confere respaldo legal ao caráter punitivo da reparação do dano.⁸⁹⁹⁰

A flagrante distorção do texto legislativo que versa sobre a adoção do critério punitivo supramencionado para redução equitativa da indenização na hipótese de excessiva desproporção entre a culpa e o dano, e não para majoração do montante indenizatório nem para inserção de cunho punitivo dentro da indenização por danos morais, deve ser refutada, pois o legislador só admite a perquirição em relação à culpa do transgressor para o expresso fim de reduzir equitativamente o montante indenizatório, motivo pelo qual o dispositivo em apreço não serve de base legal para a incidência da punição civil.

A confusão entre reparação e punição civil resultaria em uma espécie inusitada de indenização, eis que são institutos jurídicos com finalidades distintas, dado que a indenização tem existência própria de maneira que prescinde de um viés aflitivo para justificar a sua satisfação pecuniária, e que devem, portanto, ser apreciados separadamente, a fim de dar conhecimento às partes em relação ao montante indenizatório e ao montante punitivo da condenação de maneira isolada, de modo a cumprir o papel dissuasivo-aflitivo de maneira satisfatória, razão pela qual o dispositivo em comento não serve de fundamento legal para a imputação da punição civil.

⁸⁷ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 243-244.

⁸⁸ CC, Art. 944. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁸⁹ “Saliente-se, ainda, que este artigo, ao adotar a gradação da culpa do agente no cálculo da indenização, confere apoio legal ao caráter punitivo da reparação do dano”. [SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 960.]

⁹⁰ “O instituto da indenização por danos punitivos no Brasil apenas se assemelha àquele consagrado na ‘common law’. [...] De outro lado, essa quantia maior, que valerá como ‘desestímulo’, nem sempre é arbitrada pelo juiz; tudo vai depender do grau de culpa do agente causador do dano, pois é pena privada. Hoje, pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil, pode o juiz, além de averiguar a extensão do dano, verificar o grau de culpa do culpado, segundo a equidade”. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 82.)

O artigo 945, do Código Civil,⁹¹ o qual contém uma hipótese de redução do montante indenizatório pelo órgão judicante caso haja culpa concorrente do ofendido na medida em que ele contribui com o transgressor na ocorrência do dano por meio de uma ação comissiva ou omissiva,⁹² é destacado como base normativa para suprir a *lacuna* decorrente da ausência legislativa atinente à imposição da punição civil, sob o argumento de que a lei autoriza o magistrado a ultrapassar os limites da extensão do dano por meio da introdução de um parâmetro punitivo na quantificação da indenização, qual seja a confrontação do grau de culpa de ofensor e ofendido, na hipótese de culpa concorrente da vítima.⁹³

A imprecisão hermenêutica decorrente do caráter polissêmico do vocábulo *culpa* a depender do contexto no qual é utilizado⁹⁴ gera o equívoco interpretativo supracitado, todavia importa esclarecer que o vocábulo *culpa* remete a ideia de *causa* no contexto do dispositivo supracitado, e não de culpa propriamente dita,⁹⁵ de modo a expressar a eficácia causal da conduta de cada um dos agentes para ocorrência do evento danoso,⁹⁶ razão pela qual o dispositivo em apreço não serve de fundamento legal para a aplicação da punição civil.⁹⁷

⁹¹ CC, Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁹² “Se para o dano concorreram a culpa do lesante e a do lesado, esse fato não pode deixar de ser levado em conta na fixação da indenização, de tal sorte que ao montante global do prejuízo sofrido se abaterá a quota-parte que, para o magistrado, for imputável à culpa da vítima”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 633.)

⁹³ “No Brasil, releva notar que se pode defender a imposição de indenizações punitivas com muito mais base legal, tendo em vista as normas do Código Civil de 2002, do que à época da vigência do Código Civil de 1916. De fato, por meio do art. 945, o legislador de 2002 inovou e adotou, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual [...]. Nesse sentido, na medida em que a lei autoriza o juiz a utilizar um elemento estranho à mera quantificação do prejuízo para o cálculo de indenização nos casos de culpa, critério esse concernente à gravidade da culpa, desloca o critério da reparação do efeito da lesão, isto é, do dano, para a causa da lesão, a conduta culposa, introduzindo um elemento punitivo, típico do direito penal, e, assim, abrindo a possibilidade de o juiz levar em conta esse elemento nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual nas quais isso é oportuno”. (GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 201-202.)

⁹⁴ “Seja na lei, seja na doutrina, seja nas decisões dos tribunais e seja, finalmente, na linguagem jurídica coloquial, ‘culpa’ pode ser usada com alcances distintos. Cabe, pois, prevenir: perante a expressão ‘culpa’, não é possível fazer qualquer consideração sem ter em conta o contexto em que seja utilizada”. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. 8. ed. Lisboa: Almedina, 2010. p. 459.)

⁹⁵ “Nada obstante os termos do art. 945, defende-se que a hipótese aí versada é de concorrência de causas, sendo resolvida à luz das reflexões acerca do nexo de causalidade, e não de culpa”. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 331.)

⁹⁶ “[...] a chamada culpa concorrente é, na realidade, mais uma hipótese de concorrência de causas. A vítima concorre com a sua conduta para o evento juntamente com aquele que é apontado como único causador do dano”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56)

⁹⁷ “Ante o exposto, os comandos dos arts. 944, parágrafo único, e 945 do Código Civil não servem de fundamento legal para os *punitive damages*. Aliás, eles nem sequer constituem a base da reparação do dano – *rectius*, indenização – na responsabilidade civil, ancorada que está na regra geral dos arts. 186 e 927 do mesmo diploma legal. Tratam apenas, como de resto todos os demais dispositivos do capítulo (arts. 944 a 954), de critérios de apuração do montante indenitório”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 307.)

A elaboração de um juízo de ponderação entre a culpa do ofensor e a culpa da vítima na ocorrência do resultado danoso poderia conduzir à redução do montante punitivo, mas nunca majorá-lo, pois o transgressor, ainda que tenha agido dolosamente ou com culpa grave, não foi o único causador do resultado lesivo, motivo pelo qual não deve suportar a integralidade da responsabilização dela decorrente.⁹⁸

A dignidade da pessoa humana, a qual reflete um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem e um conjunto de fins adotados pela sociedade brasileira que configuram o seu modo de ser, está prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal⁹⁹ como fundamento da República Federativa do Brasil, e é utilizada como respaldo constitucional para extrair do ordenamento jurídico positivo a autorização para o estabelecimento da punição civil independentemente de previsão legal, sob o argumento de autoridade relativo à prevalência da dignidade da pessoa humana em relação ao princípio da reserva legal em um juízo de ponderação principiológica,¹⁰⁰ o que não merece prosperar até mesmo porque a utilização retórica da dignidade da pessoa humana como um supraprincípio constitucional¹⁰¹ faz com que ele tenha sua utilidade banalizada.¹⁰²¹⁰³

⁹⁸ “Parece-nos igualmente inaplicável, para o fim de justificar a utilização da indenização punitiva, a previsão contida no art. 945, CC [...], porque, ainda que assim não fosse, o referido dispositivo legal somente permitiria a perquirição da culpa do ofensor para, desta análise, elaborar um juízo de ponderação com a culpa da vítima para o fim de reduzir o quantum indenizatório, nunca majorá-lo. Isso porque, se há concorrência de causas (ou, permite-se, apenas por argumentar, “concorrência de culpas”), o ofensor, ainda que tenha-se conduzido dolosamente ou com culpa grave, não foi o único causador do prejuízo e, portanto, não deve suportar integralmente a indenização dele decorrente. Reduz-se, portanto, o quantum indenizatório; não se o aumenta”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 216-217.]

⁹⁹ CF, 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.

¹⁰⁰ “Na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro”. (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: Forense, 2006. p. 312.)

¹⁰¹ “Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”. (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.)

¹⁰² “O abuso léxico do ‘princípio da dignidade da pessoa humana’ como panaceia hermenêutica faz com que ele tenha sua utilidade banalizada, na medida em que é empregado por diferentes lados em uma mesma situação”. (MALLETT, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única: implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único, do Código Civil. *Revista LTr*, São Paulo, ano 77, v. 3, n. 15, p. 283, mar. 2013. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25403322_indenizacao_arbitrada_em_parcela_unica_implicacoes_materiais_e_processuais_do_art_950_paragrafo_unico_do_codigo_civil.aspx>. Acesso em: 31 mai. 2016.)

O ordenamento jurídico pátrio possui hipóteses legais que possuem nítido caráter sancionador, como ocorre em outras matérias do direito privado (Direitos Obrigacionais, Direitos Reais, Direito das Sucessões), a exemplo da desconsideração da personalidade jurídica, dos juros de mora, da cláusula penal, do artigo 940 do Código Civil, da indignidade e da cobrança indevida, o que afasta qualquer alegação atinente à possibilidade de aplicação da punição civil sem prévia cominação legal, bem como qualquer negativa de admissão da punição civil no direito brasileiro sob o argumento dela ser de natureza penal.¹⁰⁴

A desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do Código Civil,¹⁰⁵ visa impor aos administradores ou sócios da pessoa jurídica um mecanismo punitivo consistente na sua responsabilização patrimonial pelas dívidas da pessoa jurídica caso reste comprovado que houve abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, uma vez que a intenção do legislador é punir os administradores ou sócios da pessoa jurídica que agiram de maneira irresponsável na condução dos negócios da pessoa jurídica ao abusar de sua personalidade jurídica.

Os juros de mora, previstos no artigo 407 do Código Civil,¹⁰⁶ são os encargos devidos em decorrência do atraso no cumprimento de determinada obrigação a que se comprometeu, razão pela qual o devedor inadimplente está obrigado ao pagamento dos juros de mora, ainda que não se alegue a ocorrência de efetivo prejuízo, o que tem viés punitivo, pois a intenção do legislador é castigar o devedor inadimplente.

A cláusula penal, prevista no artigo 416 do Código Civil,¹⁰⁷ é o montante atribuído a título de pena ou multa a ser aplicável em caso de retardamento ou descumprimento da

¹⁰³ “A alusão descomprometida à dignidade da pessoa humana periga resultar, ao contrário, na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger, de forma semelhante ao que começa a ocorrer no direito brasileiro com a boa-fé objetiva”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120.)

¹⁰⁴ “A doutrina defensora dos *Punitive Damages* ainda elenca inúmeras hipóteses previstas pelo legislador de 2002 que possuem nítido caráter sancionador, dentre elas a cláusula penal, os juros de mora, o pagamento em dobro, a restituição em dobro e as astrições (OLIVEIRA, 2008), não havendo razão, portanto, àqueles que rechaçam a ideia de aplicação da indenização punitiva por argumentarem ser esta de natureza penal. A própria Lei Civil prevê casos em que semelhante punição ocorrerá, não havendo justificativa para a não aplicação da referida Teoria”. (SOUTO, Letícia Alves Ferreira. O dano moral e a teoria dos *punitive damages*. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v. 1, n. 15, p. 97-98, jul. 2014. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/581895/O+dano+moral+e+a+teoria+dos++Punitive+Damages.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2016.)

¹⁰⁵ CC, Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

¹⁰⁶ CC, Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

¹⁰⁷ CC, Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

obrigação principal a que se comprometeu, razão pela qual o devedor inadimplente está obrigado ao pagamento da cláusula penal sem que seja necessário que o credor alegue prejuízo, o que constitui uma punição civil, pois visa repreender aquele que descumpriu alguma obrigação firmada com outrem.

O artigo 940 do Código Civil¹⁰⁸ fixa a devolução em dobro pela demanda de dívida já paga ou cobrança de quantia superior à devida, salvo se houver prescrição, o que tem viés punitivo, pois a intenção do legislador é sancionar o excesso de cobrança.

A indignidade, prevista no artigo 1.814 do Código Civil,¹⁰⁹ impõe a exclusão de herdeiros legítimos ou testamentários ou herdeiros legatários do acesso à herança ou legado deixado pelo falecido em face da prática de ato atentatório ou ofensivo ao próprio autor da herança, seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, nos termos da previsão normativa, isto é, impõe a perda do direito à herança pelo herdeiro indigno em decorrência da prática de determinados atos contra o titular da herança, seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, o que tem viés punitivo, pois a intenção do legislador é castigar o herdeiro indigno.

A cobrança indevida, prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor,¹¹⁰ enseja o direito do consumidor à repetição do indébito por meio da devolução em dobro da importância cobrada indevidamente, salvo no caso de engano justificável, o que constitui uma punição civil, pois objetiva penalizar aquele que efetua a cobrança de quantia superior à devida.

A literalidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supracitados permite inferir que o ordenamento jurídico civil-constitucional em vigor não possui nenhum dispositivo legal que preveja a punição civil por um dano cometido¹¹¹ e, em razão disso,

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

¹⁰⁸ CC, 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.

¹⁰⁹ CC, 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.

¹¹⁰ CDC, Art. 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

¹¹¹ “Não há qualquer dispositivo no Código Civil brasileiro de 2002 – e tampouco havia no Código Civil de 1916 – que preveja a punição por um dano cometido”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em

autorize a atribuição de um montante punitivo para além da indenização, motivo pelo qual não admite a imputação de valores que excedam aqueles atinentes ao dano efetivamente sofrido,¹¹² haja vista a imprescindibilidade de previsão legal prévia que estabeleça a punição civil, nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o que significa dizer que a única finalidade da responsabilidade civil extracontratual reconhecida no direito brasileiro é a compensatória.

A análise dos dispositivos vetados e de projetos de lei do Poder Legislativo Federal que se tem conhecimento de que tratam sobre indenização, punição ou adoção de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório é imprescindível para verificar quais são as impressões dos representantes do povo e dos Estados brasileiros no tocante às necessidades contemporâneas da sociedade e quais são os objetivos legislativos em relação às finalidades da responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro.

Os artigos 16,¹¹³ 45¹¹⁴ e 52, §3º,¹¹⁵ do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, que criavam o instituto da *multa civil* como categoria autônoma, desvinculada do ilícito reparatório, e sugeria a possibilidade do julgador levar em consideração parâmetros punitivos e preventivos na quantificação da multa civil, quais sejam o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor e a situação econômica do transgressor, para além da natureza e extensão dos danos causados à vítima, nas ações atinentes à defesa do consumidor em juízo, foram vetados pelo Presidente da República à época.

A motivação do veto presidencial decorreu da indefinição dos critérios, destinação e finalidade da multa civil, além da alta expressividade dos valores atribuídos a título de multa civil, o que revela que a decisão do Poder Executivo Federal à época foi no sentido de

sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 78, abr./jun. 2004.)

¹¹² “A responsabilidade civil não prevê na Carta Magna, além da indenização, o pagamento de valores que exacerbem aqueles referentes à compensação do ‘dano moral’ e reparação do dano patrimonial”. (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. 129.)

¹¹³ Art. 16 – Vetado – Se comprovada alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

¹¹⁴ Art. 45 – Vetado – As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.

¹¹⁵ Art. 52, §3º – Vetado – O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.

eliminar elementos estranhos ao prejuízo propriamente dito na mensuração da indenização, por serem contrários ao interesse público.¹¹⁶

Os vetos supracitados apenas demonstram que o Poder Executivo Federal à época resolveu não admitir a introdução de um viés dissuasivo-aflitivo apartado da indenização, o que não impede a propositura de novos projetos de lei que tenham objetivo similar ou diverso em relação às funções da responsabilidade civil, tanto é que outros projetos de lei na Câmara dos Deputados e no Senado Federal intentam, de uma maneira ou de outra, a extensão das finalidades da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo para fins de atribuição do objetivo retributivo e dissuasório à responsabilidade civil.

O Projeto de Lei da Câmara n. 6.960/2002,¹¹⁷ cuja autoria é do Deputado Ricardo Fiúza, pretendia a inserção do §2º do artigo 944 do Código Civil,¹¹⁸ além de outras providências, para contemplar o papel punitivo e preventivo da responsabilidade civil dentro da indenização por danos extrapatrimoniais, mas foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, sob o embasamento de criar um duplo critério de avaliação da indenização por danos morais (punitivo e dissuasivo), quando o único critério que deveria ser utilizado era a extensão dos danos sofridos pela vítima, com base no *caput* do artigo em comento, além de conferir ao magistrado um *arbítrio perigoso* porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo à prática de futuras condutas ilícitas.¹¹⁹

O voto manifestado pelo relator no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi no sentido de não admitir a função punitiva da responsabilidade civil na indenização por danos extrapatrimoniais, razão pela qual deveria perseguir tão somente a finalidade compensatória, e, para tanto, deveria se basear na mera extensão dos prejuízos perpetrados pelo ofendido, a fim de não conferir um poder geral punitivo ao órgão julgante.

¹¹⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990*, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.960/2002*. Dá nova redação aos artigos [...] 927, [...] 944, [...] da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que ‘Institui o Código Civil’, acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹¹⁸ Art. 944, §2º – A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

¹¹⁹ “A proposição é equivocada ao deixar a aplicação de penalidade ao exclusivo alvedrio do julgador, ausentes quaisquer critérios e ao não atar o caráter de punição à prova de uma conduta reprovável (porque dolosa ou gravemente culposa), importando, assim, em agressão aos princípios da legalidade e da proporcionalidade”. [MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, ano IX, v. 9, n. 28, p. 31, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 20 dez. 2016.]

O Projeto de Lei da Câmara n. 1.914/2003,¹²⁰ cuja autoria é do Deputado Marcus Vicente, visa a introdução do §2º do artigo 953 do Código Civil,¹²¹ para admitir que o magistrado abranja o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da indenização por danos morais, a partir da análise da situação econômica do infrator, da intensidade do ânimo de ofender, da gravidade e repercussão da lesão, da posição social ou política da vítima, bem como do sofrimento por ela experimentado, a fim de alcançar um arbitramento justo e equânime na fixação do dano extrapatrimonial em benefício de toda a coletividade e, com efeito, evitar o enriquecimento indevido do demandante.

O projeto de lei em comento recebeu parecer favorável à aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e, desde então, foi remetido e aguarda a apreciação do Senado Federal.

O Projeto de Lei da Câmara n. 276/2007,¹²² o qual possui a redação original do Projeto de Lei da Câmara n. 6.960/2002, consoante afirma o próprio autor da proposta legislativa, objetivava a inserção do §2º do artigo 944 do Código Civil,¹²³ além de outras providências, para contemplar o papel punitivo e preventivo da responsabilidade civil dentro da indenização por danos morais, sob o fundamento de que o *caput* do artigo 944 do mesmo diploma legal somente se aplica ao dano material, à medida que o dano extrapatrimonial não pode ser ressarcido, mas tão somente compensado, já que tem caráter imaterial.

O projeto de lei em apreço foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Léo Alcântara, embora o projeto tenha recebido parecer favorável à aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei do Senado n. 413/2007,¹²⁴ o qual visava a inserção do §2º do artigo 944 do Código Civil¹²⁵ para admitir expressamente as funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização, sob o pretexto de dar fundamento legal ao entendimento

¹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1.914/2003*. Altera a redação do art. 953 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=132136>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹²¹ Art. 953, §2º – Na fixação da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado.

¹²² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 276/2007*. Altera o Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹²³ Art. 944, §2º – A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

¹²⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 413/2007*. Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei n. 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹²⁵ Art. 944, §2º – O juiz observará o caráter compensatório da indenização, atribuindo a ela, conforme o caso, caráter preventivo ou, ainda, punitivo.

jurisprudencial consolidado sobre o tema, em sintonia com a doutrina que trata a respeito da dupla finalidade da indenização por danos morais, foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Senador Renato Casagrande, embora o projeto tenha recebido parecer favorável à aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Senado Federal.

O voto manifestado pelos relatores nos pareceres da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal foi no sentido de reconhecer a função punitiva da responsabilidade civil na indenização, já reconhecida no ambiente jurídico, a fim de instrumentalizar o magistrado de elementos normativos conexos à noção de prevenção e punição do ofensor.

O Projeto de Lei da Câmara n. 2.496/2007¹²⁶ pretendeu acrescentar um parágrafo único ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor¹²⁷ para introduzir a função punitiva na indenização por danos extrapatrimoniais, para além da finalidade compensatória, a fim de garantir a efetiva reparação dos danos morais, a qual constitui direito fundamental de ordem constitucional, por meio da imputação de um castigo monetário ao ofensor pela ofensa perpetrada.

O projeto de lei em comento foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Vital do Rêgo Filho, embora o projeto tenha recebido parecer favorável à aprovação na Comissão de Defesa do Consumidor e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

O voto manifestado pelos relatores nos pareceres da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi no sentido de buscar conferir a plenitude desejável em relação à reparação efetiva dos danos extrapatrimoniais por meio de autorização legislativa que expresse o objetivo dissuasório-aflitivo da responsabilidade civil, a fim de resguardar a total liberdade do órgão judicante na apreciação da indenização por danos morais.

¹²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.496/2007*. Acrescenta parágrafo único ao art. 6º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, ‘que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências’, para estabelecer que a reparação de danos morais deve atender cumulativamente à função punitiva e à função compensatória da indenização. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=378452>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹²⁷ Art. 6º. Parágrafo único. A fixação do valor devido a título de efetiva reparação de danos morais atenderá, cumulativamente, à função punitiva e à função compensatória da indenização.

O Projeto de Lei da Câmara n. 699/2011,¹²⁸ o qual possui inúmeras similaridades com o Projeto de Lei da Câmara n. 6.960/2002, consoante afirma o próprio autor do projeto, propôs a inserção do §2º do artigo 944 do Código Civil,¹²⁹ além de outras providências, para incluir o papel punitivo e preventivo da responsabilidade civil dentro da indenização por danos extrapatrimoniais, mas foi recomendada a sua rejeição na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados em relação à alteração do dispositivo legal em comento, sob o embasamento de que a indenização por dano moral deve se basear na extensão do dano experimentado pela vítima, e não na conduta do contraventor, sob pena de afronta à legislação constitucional e infraconstitucional, à medida que o ramo do Direito que disciplina e pune a conduta do transgressor é o criminal, segundo o qual não há pena sem prévia cominação legal.

O projeto de lei em apreço possuía diversos projetos de lei em apenso (Projetos de Lei n. 3.880/2012, 568/2015, 1145/2015 e 1598/2015, dentre outros), cuja rejeição também restou recomendada pelos relatores da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, entretanto restou arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Arnaldo Faria de Sá, embora o projeto tenha recebido parecer favorável à criação de Comissão Temporária pela Mesa para fins de discussão e votação do mérito da íntegra do projeto de lei.

O Projeto de Lei da Câmara n. 3.880/2012,¹³⁰ cuja autoria é do Deputado Federal Domingos Neto, sugeriu a alteração dos artigos 186¹³¹ e 944,¹³² ambos do Código Civil, para estender o conceito de dano a fim de que o dano social configure ato ilícito indenizável, para além do dano material e moral, como reflexo da tripartição da reparabilidade do dano nele proposta, o que separaria o caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial, bem como para ampliar a capacidade de arbitramento do montante indenizatório ao possibilitar a majoração equitativa da indenização pelo órgão judicante caso houvesse excessiva

¹²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 699/2011*. Altera o Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹²⁹ Art. 944, §2º – A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.880/2012*. Altera a redação dos arts. 186 e 944 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=544869>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹³¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente material, moral ou social, comete ato ilícito.

¹³² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou social. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização ou aumentá-la com o intuito de atingir a função punitiva e pedagógica da indenização.

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano com o propósito de atingir a finalidade punitivo-pedagógica da indenização, qual seja coibir futuras transgressões do ofensor e da sociedade como um todo sem causar enriquecimento sem causa do ofendido.

A noção de dano social constante na justificativa do projeto de lei em comento é a de prejuízo sofrido por toda a sociedade em decorrência da prática de um ato ilícito contrário ao *movimento da máquina jurídica recorrente*.

O projeto de lei em apreço recebeu parecer favorável à aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, e, posteriormente, restou apensado ao Projeto de Lei n. 699/2011, mas, após solicitação, foi desarquivado e nele estavam apensados os Projetos de Lei n. 568/2015, 1.145/2015, 3.872/2015, 8.704/2017 e 9.574/2018, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas.

O voto manifestado pelos relatores nos pareceres da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi no sentido de buscar conferir ao órgão judicante a prerrogativa de punir o transgressor e desestimular o cometimento de novas condutas danosas assemelhadas em decorrência da prática de um ato ilícito que se projeta negativamente na sociedade como um todo por meio da imputação da reparação por dano social, a qual representaria uma nova categoria de danos e, por isso, permitiria separar o caráter punitivo da indenização por dano moral.

O projeto de lei em comento restou arquivado ao final da legislatura face ao término da legislatura, todavia tende a ser solicitado o seu desarquivamento, uma vez que o autor do projeto foi reeleito nas eleições de 2018 e, portanto, continua a exercer o mandato de deputado federal na legislatura atual.

O Projeto de Lei da Câmara n. 568/2015¹³³ propôs acrescentar o artigo 944-A do Código Civil¹³⁴ para introduzir o caráter pedagógico-punitivo na indenização decorrente de conduta ilícita na prestação de serviço essencial, aqui compreendido como os previstos na Lei n. 7.783/1989 (serviços de assistência médica e hospitalar, transporte coletivo, bancários, dentre outros), até o limite de 100 (cem) vezes o montante do dano material sofrido pelo

¹³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 568/2015*. Altera a Lei n. 10.406, de 2002, para acrescentar o Artigo 944-A. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=961689>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹³⁴ Art. 944-A. A indenização proveniente de ato ilícito diretamente relacionado a serviço essencial, poderá, com a finalidade de alcançar o caráter pedagógico-punitivo, superar em até 100 (cem) vezes o valor do dano patrimonial causado à vítima. §1º Para os efeitos das disposições deste artigo, são considerados serviços essenciais aqueles relacionados na Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. §2º Nos casos relacionados à indenização por danos morais, o valor arbitrado deve corresponder ao mínimo de 10 (dez) e máximo de 100 (cem) salários mínimos.

lesado, bem como estabelecer o patamar de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos como valor passível de arbitramento a título de indenização por danos extrapatrimoniais, tudo com vistas a coibir as reiteradas violações de direitos dos usuários ao utilizarem os serviços essenciais.

O projeto de lei em apreço foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Flavinho, embora o projeto tenha sido apensado ao Projeto de Lei n. 3.880/2012, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas.

O Projeto de Lei da Câmara n. 1.145/2015¹³⁵ pretendeu acrescentar o artigo 953-A do Código Civil¹³⁶ para fixar parâmetros para estipulação da indenização por danos morais de modo a autorizar o magistrado a levar em consideração critérios punitivos e pedagógicos na quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais, para além da gravidade da ofensa, a fim de evitar o locupletamento indevido do autor da ação e a ruína financeira da parte ré, quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do transgressor, a capacidade econômica do transgressor e a posição social da vítima; além de estabelecer tetos máximos para a condenação caso o transgressor seja pessoa física ou jurídica e se a vítima for pessoa física ou jurídica.

O projeto de lei em comento foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Daniel Vilela, embora o projeto tenha sido apensado ao Projeto de Lei n. 3.880/2012, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas.

O Projeto de Lei da Câmara n. 3.872/2015,¹³⁷ cuja autoria é do Deputado Alexandre Leite, visava acrescentar os §§ 2º e 3º ao artigo 944 do Código Civil¹³⁸ para autorizar o órgão

¹³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1.145/2015*. Altera a redação do art. 953 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para fixar parâmetros para a estipulação da indenização por danos morais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1203436>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹³⁶ Art. 953-A. Na fixação da indenização por danos morais, o juiz deverá evitar o enriquecimento indevido do demandante e a ruína financeira do demandado, levando-se em consideração, para tanto, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social do ofendido, bem como a intensidade do sofrimento por ele experimentado, devendo ainda atender os seguintes parâmetros: §1º Caso o réu seja pessoa física, o valor máximo da condenação será fixado em até três vezes o valor de seus rendimentos líquidos mensais ou 20% de seu patrimônio. §2º Em se tratando o réu de pessoa jurídica, o valor máximo da condenação será fixado em até duas vezes o valor de seu faturamento bruto ou 10% de seu patrimônio. §3º A pessoa física será indenizada em até 50 vezes o valor de seus rendimentos líquidos mensais ou até três vezes o seu patrimônio. §4º A pessoa jurídica será indenizada em até 20% de seu faturamento bruto ou até 50% de seu patrimônio.

¹³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.872/2015*. Dispõe sobre a fixação do valor das indenizações por danos morais, autorizando os magistrados a fixarem, além da justa indenização para a vítima, uma indenização adicional a ser revertida para entidades de benemerência, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2058300>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹³⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. §1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. §2º Nas ações de reparação por dano moral, poderá o juiz, de ofício, sopesando o grau de culpa ou dolo do infrator, bem como seu potencial econômico, fixar, além da justa indenização para a vítima, uma prestação pecuniária a ser destinada às entidades

judicante a, de ofício, levar em consideração parâmetros punitivo-pedagógicos na determinação de uma prestação pecuniária adicional, para além da indenização, a ser destinada a entidades de benemerência da comarca do local onde tramita o processo ou a fundos de interesses difusos, para além da indenização destinada à vítima, nas ações de indenização por danos morais, quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do lesante, o potencial econômico da conduta lesiva, a reiteração do comportamento ilícito lesivo e a situação econômica do contraventor; a fim de imputar castigo exemplar ao ofensor a ponto de desestimulá-lo à reiteração de condutas ilícitas análogas e servir de exemplo para a sociedade, sem que isso represente o enriquecimento sem causa do ofendido.

O projeto de lei em apreço foi arquivado ao final da legislatura face ao término da legislatura, embora o projeto tenha sido apensado ao Projeto de Lei n. 3.880/2012, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas, contudo tende a ser solicitado o seu desarquivamento, uma vez que o autor do projeto foi reeleito nas eleições de 2018 e, portanto, continua a exercer o mandato de deputado federal na legislatura atual.

O Projeto de Lei da Câmara n. 8.704/2017¹³⁹ objetivava acrescentar os §§2º e 3º ao artigo 944 do Código Civil¹⁴⁰ para introduzir as funções punitiva e preventiva na reparação por danos extrapatrimoniais a fim de punir de modo exemplar condutas especialmente reprováveis, desestimular o lesante à reiteração de comportamentos antijurídicos assemelhados e servir de exemplo para a sociedade civil, bem como autorizar o julgador a levar em consideração parâmetros punitivos e pedagógicos na mensuração da indenização por danos morais, para além da gravidade da ofensa, quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do transgressor, a lucratividade da conduta lesiva, a reiteração do ato ilícito danoso, a capacidade econômica do ofensor e sanções penais, civis ou administrativas já aplicadas no sentido de que afastam o *bis in idem*.

de benemerência da comarca ou a fundo de interesses difusos. §3º Na fixação do valor indenizatório, o juiz levará em consideração: I – a angústia e o sofrimento da vítima, com a finalidade de compensar o constrangimento advindo da injusta agressão. II – a potencialidade econômica do ofensor para não lhe impor uma condenação tão elevada que signifique sua ruína, nem tão pequena, que avilte a dor da vítima. III – a reiteração da conduta ilícita do ofensor. IV – a necessidade de demonstrar à sociedade a reprovabilidade daquela conduta lesiva e que o Estado não admite e nem permite que referidos atos sejam praticados impunemente.

¹³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8.704/2017*. Altera o art. 944 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, para dispor sobre as funções punitiva e preventiva da indenização por danos morais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2153106>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹⁴⁰ Art. 944, §2º – A reparação por dano moral atenderá às funções compensatória, punitiva e preventiva. §3º – A fixação da parcela indenizatória de caráter punitivo e preventivo deve considerar: I – a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável; II – a natureza, a gravidade e a repercussão social da ofensa; III – a lucratividade e a reiteração da conduta ofensiva; IV – a situação financeira do responsável; V – sanções penais, civis ou administrativas já aplicadas.

O projeto de lei em comento foi arquivado ao final da legislatura face ao término do mandato do Deputado Wilson Filho, embora o projeto tenha sido apensado ao Projeto de Lei n. 3.880/2012, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas.

O Projeto de Lei da Câmara n. 9.574/2018,¹⁴¹ cuja autoria é dos Deputados Wadih Damous e Paulo Teixeira, intentava modificar os artigos 186¹⁴² e 927¹⁴³ do Código Civil para admitir a responsabilidade civil sem danos no Brasil, todavia esse projeto restou apensado ao Projeto de Lei n. 3.880/2012, sob o fundamento de possuírem matérias correlatas.

O projeto de lei em apreço restou arquivado ao final da legislatura face ao término da legislatura, contudo tende a ser solicitado o seu desarquivamento, uma vez que um dos autores do projeto foi reeleito nas eleições de 2018 e, portanto, continua a exercer o mandato de deputado federal na legislatura atual.

A análise dos projetos de lei do Poder Legislativo Federal que tratam sobre indenização, punição ou adoção de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório sugere que o legislador tem verificado a necessidade de ampliação das funções da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo-pedagógico, o que pretende alcançar por meio de autorização legislativa que ampare a incidência do viés punitivo da responsabilidade civil e, por isso, há diversos projetos de lei em sentido assemelhado que objetivam, de uma forma ou de outra, autorizar expressamente a aplicação de punição destinada ao ofensor e retribuição destinada ao transgressor e a sociedade em geral.

As diversas iniciativas legislativas também não configuram óbice à propositura de novos projetos de lei que tenham objetivo similar ou diverso em relação às finalidades da responsabilidade civil, inclusive no tocante à criação da punição civil como categoria autônoma, desvinculada do ilícito reparatório, o que não foi proposto em nenhum dos projetos de lei que tramitaram ou estão em trâmite no Poder Legislativo Federal, embora seja a medida mais apropriada para inserção do caráter punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro, o que será abordado no capítulo 3.

A literalidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supracitados, assim como a análise dos projetos de lei vetados, rejeitados, arquivados e em trâmite no

¹⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 9.574/2018*. Acrescenta e modifica dispositivos na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2168130>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹⁴²Art. 186. Parágrafo único. O ato ilícito gera dever de indenizar ainda que não cause dano material, à personalidade (dano moral) ou à imagem.

¹⁴³ Art. 927. Aquele que comete ato ilícito (arts. 186 e 187) fica obrigado a repará-lo. §1º 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. §2º O ato ilícito gera dever de indenizar ainda que não cause dano material, à personalidade (dano moral) ou à imagem.

Congresso Nacional, permitem inferir que a única objeção à incidência do viés punitivo da responsabilidade civil, decorre, portanto, da inexistência de autorização legislativa, uma vez que o legislador não descartou a possibilidade de imputação da punição civil em nenhum diploma legal, especialmente no ordenamento jurídico civil-constitucional, mas tão somente estabeleceu que a aplicação de qualquer penalidade está adstrita à previsão legal expressa e prévia à ocorrência do dano, além de que as diversas iniciativas legislativas sobre o tema não obstam à propositura de novos projetos de lei que tenham objetivo similar ou diverso em relação às finalidades da responsabilidade civil.

2.2 Análise doutrinária e jurisprudencial das finalidades da responsabilidade civil extracontratual

A sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa, derivada da constatação de que, em regra, o crime compensa aos malfeitores em face do potencial lucrativo das condutas ilícitas, bem como da existência de elevada quantidade de processos judiciais atinentes ao cometimento de atos ilícitos diversos por litigantes habituais, consoante abordado no tópico 1.2, e, por outro lado, a inexistência de norma civil-constitucional que preveja a punição civil e a existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, consoante exposto no tópico 2.1, resultam na defesa da refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos para atingir as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado.

A refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés dissuasivo-aflitivo deve ser objetivada em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual demanda prévia cominação legal a respeito do estabelecimento da punição civil, embora tenha sido usualmente concretizada na esfera judicial como reflexo da teoria dos poderes implícitos, portanto, de maneira atécnica, uma vez que a pretensão punitivo-dissuasória não pode extrair a sua legalidade da mera imposição judicial sem que haja qualquer lacuna legislativa que permita o exercício do poder de intérprete do magistrado.¹⁴⁴

¹⁴⁴ “Por todo o quanto expusemos, não podemos concordar com tal solução, notadamente porque, em razão da incidência do princípio da reserva legal, a indenização punitiva não poderia extrair sua legalidade da mera imposição judicial. Ao juiz, como se disse, não compete criar multas previamente inexistentes e, se assim o fizer, estará agindo arbitrariamente, violando garantias constitucionais”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 232.]

A teoria dos poderes implícitos¹⁴⁵ ampara a tese de que a legislação confere implicitamente os meios e instrumentos necessários para a consecução das atribuições concedidas a determinado órgão ou instituição, o que é usado como construto de justificativa da prescindibilidade de lei para a fixação da punição civil a partir da ideia de que a exigência constitucional e infraconstitucional relativa à necessidade de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição Federal,¹⁴⁶ e do artigo 371, do Código de Processo Civil),¹⁴⁷ associada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal),¹⁴⁸ confere poderes implícitos ao Poder Judiciário para reconhecer novas funções de responsabilidade civil por meio de decisões judiciais devidamente fundamentadas.¹⁴⁹

A utilização da teoria dos poderes implícitos como instrumento de aplicação da punição civil sem que haja previsão legislativa específica que a autorize expressamente é refutável até mesmo porque o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil consubstanciado no mencionado §2º do artigo 944 do Código Civil restou rejeitado pelo legislador e os artigos 16, 45 e 52, §3º, do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, que criavam o instituto da *multa civil*, foram vetados pelo Presidente da República à época por serem contrários ao interesse público.

A exigência constitucional de tomada de decisões judiciais fundamentadas está diretamente ligada aos direitos e garantias fundamentais atinentes ao devido processo legal

¹⁴⁵ A teoria dos poderes implícitos restou reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.547, ocasião na qual utilizou esta nomenclatura.

¹⁴⁶ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: 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.

¹⁴⁷ CPC, Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.)

¹⁴⁸ CF, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁴⁹ “Neste diapasão, é possível concluir, a partir destas normas, bem como amparando-as na doutrina dos poderes implícitos, que, para exercer sua missão constitucional na plenitude, além de dar efetividade a esses e tantos outros direitos fundamentais, o Poder Judiciário, assim como todos os órgãos previstos na *Lex Matter*, poderá, motivadamente, reconhecer, quando da fundamentação de suas decisões, através da interpretação sistemática da ordem constitucional e infraconstitucional, as novas funções da responsabilidade civil, quais sejam, de punir e/ou dissuadir autores de ilícitos”. (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. 95.)

(artigo 5º, LIV, da Constituição Federal),¹⁵⁰ ao contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal),¹⁵¹ à inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) e à reserva legal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal), o que revela que somente por meio de uma decisão motivada é que o indivíduo pode aferir a concretude de outras promessas constitucionais.¹⁵²

A compensação, a punição e a prevenção têm sido fundidas dentro do contexto da indenização por danos extrapatrimoniais ou morais em julgados cíveis¹⁵³¹⁵⁴¹⁵⁵ e trabalhistas¹⁵⁶¹⁵⁷¹⁵⁸¹⁵⁹ como reflexo da teoria dos poderes implícitos, embora sejam figuras

¹⁵⁰ CF, 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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁵¹ CF, 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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁵² HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 293-294.

¹⁵³ “A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza”. [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp 337.739/SP (2001/0105702-9)*. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Diário da Justiça da União 08 abr. 2002.]

¹⁵⁴ “No caso, **a fixação do valor indenizatório** operou-se com moderação, na medida em que não concorreu para a geração de enriquecimento indevido do recorrente/ofendido e, da mesma forma, **manteve a proporcionalidade da gravidade da ofensa ao grau de culpa e ao porte sócio-econômico do causador do dano**”. (trecho da ementa do acórdão) (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *AgRg no REsp 906.370/RJ (2006/0236446-5)*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 11 out. 2011. DJe 18 out. 2011.]

¹⁵⁵ “O valor arbitrado atende ao juízo de proporcionalidade e razoabilidade para que a condenação atinja seus objetivos, quais sejam, o de servir como desestímulo ao ofensor e de lenitivo à vítima, nos termos do artigo 944 do Código Civil”. (trecho da ementa do acórdão) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *AgRg no REsp 1.090.405/RO (2008/0218329-0)*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 17 abr. 2012. DJe 04 mai. 2012.]

¹⁵⁶ “Os valores de indenizações por dano moral e material foram razoavelmente arbitrados com base no tripé: punir, compensar, prevenir; e, ainda, na capacidade econômica da reclamante”. (trecho da ementa do acórdão) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *AIRR 102600-13.2009.5.03.0152*. Relator: Min. Waldir Oliveira da Costa. Julgado em 03 abr. 2012. DJe 03 abr. 2012.)

¹⁵⁷ “A dosimetria do ‘quantum’ indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda”. (trecho da ementa do acórdão) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. *AIRR 87800-32.2008.5.05.0031*. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgado em 10 abri. 2013. DJe 12 abr. 2013.)

¹⁵⁸ “Quanto ao valor arbitrado a título de indenização por dano moral, estabelece o artigo 944 do Código Civil que a indenização se mede pela extensão do dano. O Tribunal Regional, ao manter o valor da indenização em R\$ 30.000,00 a título de danos morais, levou em consideração dano sofrido, a condição do autor, o fim pedagógico e a capacidade econômica das reclamadas. Tem-se, portanto, que a Corte Regional observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, insertos no artigo 944 do Código Civil, o qual vincula a indenização à extensão do dano”. (trecho da ementa do acórdão) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. *AIRR 97500-89.2009.5.19.0004*. Relator: Min. Valdir Florindo. Julgado em 22 mai. 2013. DJe 24 mai. 2013.)

¹⁵⁹ “A fixação de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação, mormente considerando-se a gravidade do dano, bem como as condições da vítima e do ofensor, de modo a atingir sua dupla função: reparatória e punitivo-pedagógica, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no

jurídicas com finalidades distintas, o que revela a notória confusão entre reparação e punição civil¹⁶⁰ e, por conseguinte, a aplicação atécnica do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por danos morais pelos órgãos judicantes.¹⁶¹¹⁶²

A incidência do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais resulta em uma espécie inusitada de indenização que ofende o devido processo legal constitucionalmente consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, pois impede que as partes obtenham uma tutela jurisdicional individual e socialmente adequada, à medida que não lhes é dado ciência do montante indenizatório e do montante punitivo da condenação de maneira isolada, mas tão somente em uma única rubrica financeira obscura, de modo que não lhes permite insurgirem contra o pronunciamento judicial no tocante à pena subliminarmente inserida na indenização por danos extrapatrimoniais.¹⁶³

A introdução do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do instituto da indenização por danos morais se distancia do método anglo-saxônico de punição civil, mas incorpora-se o seu conteúdo,¹⁶⁴ o que atenua o efeito dissuasivo-aflitivo do instituto da

feito”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. ARR 183700-59.2005.5.09.0670. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes. Julgado em 05 jun. 2013. DJe 07 jun. 2013.)

¹⁶⁰ “O aspecto negativo, juntamente com a ênfase conferida à função punitiva, é estabelecer, entre os nossos operadores do direito, confusão entre a reparação do dano extrapatrimonial e de indenização punitiva (os *punitive damages* ou os *exemplary damages*) [...]”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275.)

¹⁶¹ “Consiste em grave erro de perspectiva do magistrado aferir a malícia do agente ou o seu desprezo pelas situações existenciais alheias ao momento da justificação e do cálculo do valor do dano moral (além de sua condição financeira). Ao identificar ofensas à dignidade da pessoa humana, o julgador apenas observará a extensão do dano (bem jurídico tutelado) e o impacto da lesão na esfera psicofísica da vítima, sem qualquer consideração a respeito das razões que impeliram o agente a praticar o ilícito, ou finalidade inibitória”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 209.)

¹⁶² “É translúcida a opção da jurisprudência brasileira por castigar o ofensor em sede de reparação dos prejuízos imateriais, inclusive majorando o *quantum* em caso de reincidência, numa providência tipicamente penal”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233.)

¹⁶³ “Enquanto o caráter pungente da condenação estiver promiscuamente amalgamado nos danos morais, ele será mero adorno retórico a justificar, juntamente com diversos outros, uma importância arbitrariamente estimada, ou castigará de forma kafkiana o ofensor, sem que a ele seja permitido saber, naquele valor único, em que medida está compensando o ofendido e quando está sendo penalizado, tornando hercúlea a missão de recorrer de duas condenações com estruturas, funções e pressupostos de imputação totalmente diversos, mas embutidos numa única importância. Portanto, assume-se o pressuposto de que punição e indenização são institutos diferentes e cuja conciliação não se recomenda”. (Ibidem. p. 302.)

¹⁶⁴ “Nesse modelo, repele-se o método anglo-saxônico de punição civil, mas incorpora-se o seu conteúdo, ainda que de forma tosca, ou seja, rejeita-se o desmembramento da parcela compensatória da aflitiva – tal qual se faz com os *compensatory damages* e os *punitive damages* -, admitindo-se que uma só parcela exerça as duas tarefas. Em resumo, é possível a pena privada, desde que inserida no obscurantismo da indenização dos danos morais”. (Ibidem. p. 234.)

punição civil ao admitir que uma só parcela exerça as duas tarefas,¹⁶⁵ abre disparidades em sua aplicação e oportuniza arbitrariedades na atividade jurisdicional,¹⁶⁶ de modo a não se recomendar a conciliação das duas figuras jurídicas em uma única importância, sob pena de ineficácia do instituto.¹⁶⁷

A inserção do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais na esfera judicial se revela atécnica, pois dribla ilegitimamente as regras do Estado Democrático de Direito,¹⁶⁸ já que a imposição da pena civil está adstrita à previsão legal expressa,¹⁶⁹ mas a legislação brasileira não prevê a função punitiva da responsabilidade civil;¹⁷⁰¹⁷¹ logo, a reparação de danos morais não se presta ao desestímulo do ofensor e de terceiros a cometer ilicitudes similares, mas apenas à compensação da violação de direitos da personalidade da vítima,¹⁷² razão pela qual todos os

¹⁶⁵ “Ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado e, em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 200-201.)

¹⁶⁶ “O estado em que se encontra a responsabilidade civil nacional conturba, na verdade, a concretização da função punitiva, ao tentar conjugar, pela equidade, o desestímulo com uma compensação que seja voltada a reparar o dano moral, sem admitir, de maneira expressa, a pena privada. [...] Ocultando na fundamentação do arbitramento de que se cuida de dano punitivo, o sistema atual dá margem a que sejam dissimuladas as razões da imposição de determinado valor e obsta uma racionalização das práticas repressivas a serem exercidas pelos juízes”. [ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva*. São Paulo: USP, 2003. 121f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 15-16.]

¹⁶⁷ “[...] a pena privada é assim praticada, de forma velada, por nossos operadores do direito, o que traz pelo menos três consequências desfavoráveis: a falta de eficácia como instrumento punitivo, a abertura de disparidades em sua aplicação e o favorecimento a arbitrariedades na atividade jurisdicional. Uma (sic) outra consequência é a extensão indevida do esquema teórico de reparação dos danos morais a propósitos para os quais não foi originalmente concebido”. (Ibidem. p. 76-77.)

¹⁶⁸ Estado Democrático de Direito é um Estado governado pela vontade das leis legitimamente elaboradas por representantes do povo, já que todo o poder emana do povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

¹⁶⁹ “Sem texto legal expresso, o acolhimento da indenização punitiva, em nosso direito, esbarra exatamente na função indenitária do princípio da reparação integral, pois a extensão dos danos funciona como teto indenizatório, impedindo uma indenização superior ao seu montante efetivo”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.)

¹⁷⁰ A função punitiva tem sido equivocadamente aplicada a condutas ilícitas que envolvam direitos extrapatrimoniais para majoração de sua quantificação ao considerar o grau de culpa do ofensor, com vistas a puni-lo em montante indenizatório superior ao da mera compensação da vítima pela violação de direitos da personalidade, por exemplo, no caso do dano moral, e da prevenção da sociedade para evitar a prática de comportamentos ilícitos similares.

¹⁷¹ Assim como não há previsão legislativa específica sobre a punição civil no Brasil.

¹⁷² “Todavia, a negação de uma faceta aflitiva da responsabilidade civil produz uma carência sistêmica, porquanto deixa uma lacuna na promoção de incentivos econômicos tanto à prevenção de acidentes quanto à dissuasão e punição de comportamentos indesejáveis. É provável que esse vácuo seja preenchido por caminhos furtivos, notadamente com o arbitramento de indenizações extrapatrimoniais mais robustas que, de maneira dissimulada, embutam uma quantia aflitiva formalmente recusada. Por certo, a clandestinidade não é a solução mais adequada, mas sim a sequela inexorável de o direito dar as costas a uma realidade fenomênica”. (HIGA,

elementos estranhos ao prejuízo propriamente dito devem ser expurgados do cálculo da indenização, o que, tecnicamente, elimina a possibilidade de inserção de parâmetros punitivos e pedagógicos na quantificação da indenização.

A 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública, em sede de sentença, condenou o Estado do Rio Grande do Sul a pagar 1.133 (hum mil, cento e trinta e três) salários mínimos a um coronel da reserva da Brigada Militar do Estado a título de indenização por danos morais, devido à humilhação sofrida pelo ofendido e sua família oriunda da publicação pela imprensa local e nacional de uma lista dos maiores salários pagos pelo Poder Executivo local na qual figurava equivocadamente como detentor do mais vultuoso salário pago pelo Executivo gaúcho, o que restou comprovado ter sido erro da Secretaria de Fazenda do Estado ao elaborar a lista requisitada pela Assembleia Legislativa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede recursal, reduziu a indenização por danos morais para 300 (trezentos) salários mínimos, o que foi objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça e que, por sua vez, manteve a indenização por danos morais no patamar fixado pelo Tribunal de Justiça Estadual, em sede recursal, sob o argumento de ser adequada à situação, inclusive quando comparado a indenizações fixados pela Corte em casos assemelhados.¹⁷³

O objetivo da decisão judicial proferida em sede recursal era o controle sobre o valor fixado a título de indenização por dano moral para que não fosse ínfimo nem abusivo, mas proporcional à dúplici função da indenização, quais sejam: a reparação do dano, para minimizar a dor da vítima, e a punição do ofensor, para que não volte a reincidir, conforme consta do teor do acórdão, de modo que o montante pecuniário alcançado resultou da adoção de critérios punitivos, a saber: a repercussão social da notícia danosa e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por danos morais.

A 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública, em sede de sentença, condenou o Estado do Rio Grande do Sul, sucessor Caixa Econômica do respectivo Estado, a pagar 200

Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 205-206.)

¹⁷³ “Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do **valor fixado a título de indenização por dano moral**, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim **proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir**. (trecho da ementa do acórdão) (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp 575.023/RS (2003/0132170-7)*. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgado em 27 abr. 2004. DJe 21 jun. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1182775&num_registro=200301321707&data=20040621&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2016.]

(duzentos) salários mínimos a título de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho, devido ao abalo psíquico e físico oriundo da perda de acuidade visual do olho direito e ao rompimento de tendões e nervos do braço direito, além de cicatrizes, em um acidente ocorrido no interior da agência bancária durante o desempenho de suas funções, o que reduzia sua capacidade laborativa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede recursal, reduziu a indenização por danos morais para R\$ 9.000,00 (nove mil reais), a partir da conjugação de critérios de caráter compensatório e pedagógico-punitivo na quantificação, a fim de não ensejar o enriquecimento ilícito do lesado, o que foi objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, majorou a indenização por danos morais para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), em sede recursal, devido à irrisoriedade do montante atribuído a título de indenização por danos morais motivada por graves danos à integridade física da vítima, para que cumprisse a dupla finalidade da indenização por danos extrapatrimoniais, a saber: a de punir o transgressor pelo ato ilícito cometido para desestimulá-lo de cometer novos atos ilícitos semelhantes e a de reparar as vítimas pelo sofrimento experimentado, consoante se extrai do teor do acórdão,¹⁷⁴ o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por danos morais.

A 2ª Vara Cível do Foro Central, em sede de sentença, condenou a AES SUL a pagar R\$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) para cada familiar supérstite a título de indenização por danos morais, devido ao forte abalo emocional do núcleo familiar supérstite em decorrência do óbito de duas parentes dos demandantes motivado por descarga elétrica provocada por fio de alta tensão da rede sob responsabilidade da concessionária de energia

¹⁷⁴ “Lembre-se **que a indenização tem por 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.** [...] De qualquer modo, considerados os valores que vêm sendo deferidos pelos diversos Órgãos deste Tribunal, afastam-se todas as dúvidas de que o valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), ainda que corrigidos desde a data do Acórdão recorrido (proferido em 11/5/2005 e publicado em 24/5/2005), é irrisório para o caso que ora se examina. Desta forma, tendo em vista a jurisprudência a respeito do tema acima indicada e as circunstâncias da causa, conclui-se que a indenização deve ser majorada para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a vítima, em valores da data da proclamação deste julgamento, quantia que se aproxima mais daquela fixada na sentença (200 salários mínimos, fls. 217/222) e que **cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar as vítimas pelo sofrimento moral experimentado**”. (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp 808.601-RS (2006/0000984-2)*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 12 ago. de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16089140/recurso-especial-resp-808601-rs-2006-0000984-2/inteiro-teor-16821806>>. Acesso em: 20 set. 2016.]

elétrica supracitada quando transitavam em via pública na qual os cabos elétricos energizados estavam caídos em solo e submersos em poça d'água.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede recursal, manteve a indenização por danos morais no montante de R\$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais) para cada familiar supérstite, sob o argumento de que o montante fixado em sede de sentença se apresenta consentâneo com a realidade do caso concreto e de que a reparação por danos morais deve compreender compensar o dano infligido à vítima, bem como servir de freio inibitório e de sanção ao ofensor, o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por danos morais.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, majorou a indenização por danos morais para R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada familiar supérstite, em sede recursal, devido à irrisoriedade do montante atribuído a título de indenização por danos morais para ser razoável e proporcional ao sofrimento experimentado pelos familiares das vítimas do acidente e exemplaridade da punição do ofensor para evitar novas ocorrências de reiteração da conduta omissiva da ré, sob o fundamento de que a jurisprudência do STJ baliza a indenização por danos morais conforme a natureza do dano, a gravidade das consequências, a proporção da compensação em relação ao sofrimento e sua função punitiva, consoante se extrai do teor do acórdão,¹⁷⁵ o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por danos morais.

A compensação, a punição e a prevenção também têm sido fundidas dentro da figura da indenização por danos morais coletivos¹⁷⁶ em julgados como reflexo da teoria dos poderes implícitos, embora sejam figuras jurídicas com finalidades distintas, o que revela a notória confusão entre reparação e punição civil e, por conseguinte, a aplicação atécnica do viés punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos morais

¹⁷⁵ “Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o *quantum* da compensação”. (trecho da ementa do acórdão) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp 1.171.826/RS (2009/0230259-2)*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17 mai. 2011. DJe 27 mai. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15494750&num_registro=200902302592&data=20110527&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2016.]

¹⁷⁶ Os danos morais coletivos decorrem da lesão injusta e de real significância a valores fundamentais compartilhados pela coletividade, o que não se confunde com a indenização decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos nem se restringe ao sofrimento ou dor pessoal, mediante a condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face de ofensa a direitos difusos e coletivos de natureza extrapatrimonial, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 247-283, 2007.)

coletivos pelos órgãos judicantes, o que, por sua vez, resulta em uma espécie inusitada de indenização.

A 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em sede de sentença, condenou a operadora de telefonia móvel Claro a pagar o montante de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de indenização por *danos morais coletivos*, conforme consta da parte dispositiva da sentença, destinada ao fundo previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347/85, devido à falha na prestação de serviços de telefonia decorrente do descumprimento reiterado às regras que disciplinam o Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC) por telefone, regulamentado pelo Decreto n. 6.523/08, com fundamento dogmático no dano moral coletivo reprovável e ofensivo à ordem pública e aos interesses da coletividade,¹⁷⁷ o que evidencia a aplicação atécnica do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do instituto da indenização por dano moral coletivo.

O objetivo da decisão judicial proferida em sede de ação civil pública de natureza coletiva era a promoção da prevenção dissuasivo-aflitiva de danos, por meio da tutela dos interesses da coletividade a partir da punição da operadora de telefonia móvel e do desestímulo à prática de reiteradas condutas ofensivas às regras que disciplinam o Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC) por telefone, a propósito de terem sido registradas 566 (quinhentos e sessenta e seis) reclamações de consumidores num período de 06 (seis) meses por descumprimento ao Decreto n. 6.523/08 na Anatel e nos Procons estaduais de todo o país à época e de idênticas condutas ter motivado a imposição das multas administrativas pela Anatel e alguns Procons estaduais, o que foi objeto de apelação pendente de julgamento sob relatoria do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sede recursal, condenou o supermercado Wal mart a pagar o montante de R\$ 11.150.000,00 (onze milhões, cento e cinquenta mil reais) a título de indenização por dano patrimonial difuso e de R\$ 11.150.000,00 (onze milhões, cento e cinquenta mil reais) a título de indenização por *dano moral coletivo*, conforme consta da ementa do acórdão, a ser destinada ao fundo previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347/85, devido à prática reiterada de discriminação e assédio moral contra funcionários, ex-empregados e promotores de vendas, com fundamento dogmático no

¹⁷⁷ “Ante o exposto, acolho, em parte, o pedido para condenar a ré a pagar a título de danos morais coletivos o importe de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), que deverá ser revestido para o fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85”. (parte dispositiva da sentença) (BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. 3ª Vara. *Processo n. 2009.34.00.024716-0*. Juíza Federal: Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues. Julgado em 07 ago. 2013. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200934000247160&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

dano moral coletivo reprovável e ofensivo à ordem pública e aos interesses da coletividade,¹⁷⁸ o que evidencia a aplicação atécnicamente do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por dano moral coletivo.

O objetivo da decisão judicial proferida em sede de ação civil pública de natureza coletiva era a proteção dos direitos trabalhistas amparados em lei a fim de que não haja retrocesso social, por meio da tutela dos interesses da coletividade a partir da punição do supermercado e do desestímulo à prática de reiteradas condutas lesivas aos direitos dos trabalhadores, a propósito de idênticas condutas terem motivado a imposição da indenização por danos morais em inúmeras ações individuais, de modo que o montante pecuniário alcançado resultou da adoção de critérios punitivos, a saber: a repercussão social das irregularidades noticiadas, a culpabilidade, a capacidade econômica da ofensora e, sobretudo, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que foi objeto de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sede recursal, reconheceu o julgamento *extra petita* da indenização por dano patrimonial difuso de modo a removê-lo, além de que reduziu a indenização por *dano moral coletivo* para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), devido à substancial restrição dos fatos que ensejaram a reparação de *dano moral coletivo*, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹⁷⁹

A decisão judicial proferida em sede de sentença se revela ineficiente do ponto de vista legal e da análise econômica do direito, pois se trata de julgamento *extra petita*, o que

¹⁷⁸ “[...] **DANO MORAL COLETIVO**. “[...] Trata-se de regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. [...] **O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade**”. (Juiz JORGE LUIZ SOUTO MAIOR). VALOR DA INDENIZAÇÃO. O montante razoável do patrimônio do ofensor capaz de promover a recomposição da autoridade do ordenamento jurídico, **desestimular a persistência na conduta ilícita, compensar o lucro auferido mediante dano social, além de servir de exemplo aos demais empregadores para que não trilhem no mesmo caminho do ofensor**, no caso dos autos, importa em **indenização por dano moral coletivo** no valor de R\$11.150.000,00 (onze milhões, cento e cinquenta mil reais), e indenização pelo dano patrimonial difuso no valor de R\$11.150.000,00 (onze milhões cento e cinquenta mil reais), exatamente no importe pleiteado na exordial pelo Ministério Público. DESTINAÇÃO DOS VALORES. A teor do art. 13 da Lei n. 7.347/85, o valor da indenização por dano moral coletivo e demais cominações objeto de condenação deve receber destinação específica (diversa do FAT) relacionada a programas destinados a prevenir ilícitos da mesma natureza daqueles constatados nestes autos [...]”. (grifo nosso) (trecho da ementa do acórdão) (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª Turma. RO 0001310-54.2011.5.10.0001. Relator: Des. Mario Macedo Fernandes Caron. Julgado em 31 jul.2013. DJe 06 set. 2013. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/inteiro_teor.php?numero=335927>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

¹⁷⁹ “ISTO POSTO ACORDAM [...] no mérito, dar-lhe provimento para, reconhecendo o julgamento *extra petita*, excluir da condenação a reparação por dano patrimonial difuso. [...] no mérito, dar-lhe provimento para restringir a caracterização do dano moral à terceirização ilícita; [...] no mérito, dar-lhe provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais coletivos para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) [...]”. (parte dispositiva do acórdão) (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8ª Turma. RR 1310-54.2011.5.10.0001. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Julgado em 11 mai. 2016. DJe 13 mai. 2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=1310&digitoTst=54&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0001&consulta=Consultar>>. Acesso em: 10 jan. 2017.)

enseja a declaração de nulidade do ato decisório, no qual restou aplicado montante pecuniário para *indenização a título de danos sociais* como reflexo do ativismo judicial.¹⁸⁰

A 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, em sede de sentença, condenou o Banco do Estado de Sergipe a obrigação de fazer sanitários, instalar assentos preferenciais, dentre outras providências, bem como a pagar o montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por *dano moral coletivo*, destinada ao fundo previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347/85.

O caso envolveu a falha na prestação de serviços bancários de modo a causar lesões aos consumidores em geral em face do descumprimento voluntário de normas municipais e federais que fixam parâmetros para o adequado atendimento presencial em agências bancárias no que diz respeito ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço e, por conseguinte, em detrimento de interesses transindividuais, o que tende a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva.

O Tribunal de Justiça de Sergipe, em sede recursal, manteve a decisão no tocante à obrigação de fazer, todavia afastou a condenação a título de indenização por *dano moral coletivo*, sob o fundamento de inexistência de prova nos autos de que a violação às normas municipais e federais pela instituição financeira tenha causado agressão significativa ao patrimônio de toda a comunidade, o que foi objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede recursal, reconheceu que a instituição financeira infringiu valores essenciais da sociedade de maneira gravosa e intolerável ao violar normas municipais e federais relativas à prestação adequada de serviços bancários, de modo a ensejar o restabelecimento do direito à condenação em danos morais coletivos imposta no

¹⁸⁰ “Quando o Estado não observa as transformações sociais e os demais ramos do direito não enxergam solução, cabe ao intérprete **inventar** a diretriz que constitua o antídoto contra a recidiva e que, também, **puna o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes.** [...] “Então, se não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, **a despeito de minguadas indenizações individuais,** continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, agravando a noção de insegurança e propagando danos que nem sempre são reclamados em Juízo, cabe **impor método diverso de reparação** para tentar por cobro ao desmando. [...] Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, **impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes,** o que, quem sabe, irá servir **para despertar a noção de cidadania da seguradora.**”. (grifo nosso) (trecho do voto do relator do acórdão) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0027158.41.2010.8.26.0564. Julgado em 18 de julho 2013. Rel. Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=564&processo.codigo=FOZ0A0KYE0000&uuiidCaptcha=>>>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

primeiro grau de jurisdição, com vistas à tutela das lesões que extrapolam a esfera individual de modo a afetar a coletividade, uma vez que o dano moral coletivo não corresponde ao somatório dos danos extrapatrimoniais individualmente sofridos pelos ofendidos e o reconhecimento do dano moral coletivo se destina à punição do responsável pela lesão e inibição da injusta prática lesiva da esfera moral de uma coletividade e, ainda, a redistribuição do lucro ilícito auferido pelo ofensor à sociedade,¹⁸¹ o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo-pedagógico da responsabilidade civil dentro da figura da indenização por dano moral coletivo.

O objetivo da decisão judicial era a promoção da prevenção dissuasivo-aflitiva de danos à coletividade em geral dentro da indenização por danos morais de natureza coletiva, por meio da tutela dos interesses sociais a partir da punição da instituição financeira e do desestímulo à prática de reiteradas falhas no atendimento bancário presencial em suas agências.

A decisão judicial proferida em sede de sentença se revela ineficiente do ponto de vista legal e da análise econômica do direito, pois se trata de julgamento *extra petita*, o que enseja a declaração de nulidade do ato decisório, no qual restou aplicado montante pecuniário para *indenização a título de danos sociais* como reflexo do ativismo judicial.¹⁸²

¹⁸¹ “[...] 6. **No dano moral coletivo, a função punitiva** – sancionamento exemplar ao ofensor – **é, aliada ao caráter preventivo** – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, **a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.** [...] 8. **O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço,** revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e **configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.** 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. [...]”. (trecho da ementa do acórdão) (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *REsp 1.737.412/SE (2017/0067071-82)*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 05 fev. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91900399&num_registro=201700670718&data=20190208&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2019.]

¹⁸² “Quando o Estado não observa as transformações sociais e os demais ramos do direito não enxergam solução, cabe ao intérprete **inventar** a diretriz que constitua o antídoto contra a recidiva e que, também, **puna o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes.** [...] “Então, se não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, **a despeito de minguadas indenizações individuais,** continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, agravando a noção de insegurança e propagando danos que nem sempre são reclamados em Juízo, cabe **impor método diverso de reparação** para tentar por cobro ao desmando. [...] Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, **impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes,** o que, quem sabe, irá servir **para despertar a noção de cidadania da seguradora.**”. (grifo nosso) (trecho do voto do relator do acórdão) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. *Apelação n. 0027158.41.2010.8.26.0564*. Julgado em 18 de julho 2013. Rel. Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=564&processo.codigo=FOZ0A0KYE0000&uuiidCaptcha=>>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

A falta de regulação legislativa a respeito do papel punitivo e preventivo da responsabilidade civil implica na inaplicabilidade do instituto da punição civil, todavia o viés dissuasivo-aflitivo já restou aplicado dentro do contexto da indenização por danos sociais¹⁸³¹⁸⁴ por magistrados brasileiros em diversos julgados como reflexo da teoria dos poderes implícitos, embora não haja previsão legislativa dessa categoria de danos no ordenamento jurídico pátrio nem haja lei que autorize a incidência do caráter punitivo da responsabilidade civil brasileira, o que evidencia a aplicação atécnica do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil como reflexo da politização da justiça,¹⁸⁵ o que se revela, portanto, ineficaz.

O magistrado de primeiro grau, em sede de sentença, condenou a instituição financeira Bradesco ao pagamento do montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais e o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à título de danos sociais, conforme consta da parte dispositiva da sentença, destinada ao Conselho da Comunidade de Minaçu/GO, devido a cobrança de débitos relativos à anuidade de cartão de crédito não solicitado pela correntista à instituição financeira, o que evidencia a aplicação atécnica do viés punitivo da responsabilidade civil como reflexo do ativismo judicial e, com efeito, revela a ineficiência de decisões judiciais dessa natureza, pois violam disposições legais.

O objetivo da decisão judicial era a promoção da prevenção dissuasivo-aflitiva de danos, para além da indenização por danos morais, por meio da tutela dos interesses sociais a

¹⁸³ “[...] “um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população, causa dano social”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 215.)

¹⁸⁴ “O dano social é aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade. Há um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social está caracterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. *RR 116700-09.2009.5.14.0041*. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Julgado em 04 mai. 2011.)

¹⁸⁵ A politização da justiça, o que se convencionou intitular ativismo judicial, consiste no abuso da própria influência por parte de juízes e tribunais, desbordando de forma deliberada ou simplesmente grosseira do seu papel institucional ao decidir a partir de angulações normativas que não estão no diploma jurídico interpretado, o que implica na usurpação da função legislativa, cuja competência é do Poder Legislativo, de acordo com a Constituição Federal, além de que coloca dois riscos intuitivos para a isenção judicial. O primeiro risco da politização da justiça é a deturpação da jurisdição em mera fachada para que determinados grupos sociais, ou mesmo os magistrados, busquem avançar uma agenda tipicamente política sem passar pelas acomodações do processo parlamentar. O segundo risco da politização da justiça é a confusão de métodos, caracterizada pela utilização ostensiva de recursos tipicamente políticos por parte dos magistrados. [MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 165-169.]

partir da punição da instituição financeira e do desestímulo à prática de reiteradas cobranças indevidas relativas à anuidade de cartão de crédito não solicitado pela correntista.

A decisão judicial proferida em sede de sentença se revela ineficiente do ponto de vista legal e da análise econômica do direito, pois se trata de julgamento *extra petita*, o que enseja a declaração de nulidade do ato decisório, no qual restou aplicado montante pecuniário para *indenização a título de danos sociais* como reflexo do ativismo judicial.¹⁸⁶

A inexistência de previsão legal autorizativa para fixação de pena civil no direito brasileiro implica no ativismo judicial no caso em tela, pois impossibilita a sua aplicação, consoante artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, mesmo porque a indenização é medida meramente com base na extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, cuja finalidade é nitidamente reparatória com o objetivo de restabelecer o equilíbrio patrimonial do lesado tão somente na extensão do evento danoso a partir da transferência dos danos do patrimônio do lesante, com o intuito de reparar as consequências e os efeitos do comportamento ilícito; logo, a reparação de danos não se presta ao desestímulo do ofensor e de terceiros a cometer ilicitudes similares.

A politização da justiça no caso em comento também decorre do julgamento *extra petita*, à medida que o provimento jurisdicional diverge do pleito delineado pela parte, da fundamentação da decisão judicial em argumento não deduzido pela parte adversa ou do acometimento ou benefício de terceiro estranho à lide, o que ocorreu na decisão objeto de reclamação, haja vista que condenou a instituição financeira ao pagamento de valor em pecúnia a terceiro que não figura na relação processual, cujo pedido não restou requerido pela parte autora na petição inicial e cujo fundamento sequer restou alegado pela demandante em sua petição inicial, de modo a extrapolar os limites objetivos e subjetivos da demanda.

¹⁸⁶ “Quando o Estado não observa as transformações sociais e os demais ramos do direito não enxergam solução, cabe ao intérprete **inventar** a diretriz que constitua o antídoto contra a recidiva e que, também, **puna o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes.** [...] “Então, se não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, **a despeito de minguadas indenizações individuais,** continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, agravando a noção de insegurança e propagando danos que nem sempre são reclamados em Juízo, cabe **impor método diverso de reparação** para tentar por cobro ao desmando. [...] Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, **impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes,** o que, quem sabe, irá servir **para despertar a noção de cidadania da seguradora.**”. (grifo nosso) (trecho do voto do relator do acórdão) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0027158.41.2010.8.26.0564. Julgado em 18 de julho 2013. Rel. Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=564&processo.codigo=FOZ0A0KYE0000&uuiidCaptcha=>>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

A violação expressa ao artigo 472 do antigo Código de Processo Civil,¹⁸⁷ o qual estava em vigor à época, também resulta no ativismo judicial no caso em apreço, uma vez que o dispositivo supracitado vedava a estipulação de benefício ou prejuízo a terceiro estranho à lide e, ao contrário da orientação normativa em vigor, o magistrado fixou indenização a título de danos sociais a ser destinada ao Conselho da Comunidade de Minaçu/GO, o qual não figurava como parte na relação processual.

O ativismo judicial na hipótese dos autos também decorre do fato de que o pleito não deveria ser julgado procedente ainda que a autora da ação houvesse pleiteado indenização por danos sociais em sua petição inicial, pois somente é admissível em demanda coletiva, de modo que a vítima não possui legitimidade à propositura de ação coletiva, logo não poderia ser objeto de ação individual.

A instituição financeira interpôs recurso inominado à Turma Recursal, a qual negou provimento ao apelo, o que deu ensejo à reclamação junto ao Superior Tribunal de Justiça,¹⁸⁸ sob o fundamento de que o magistrado havia concedido, de ofício, indenização suplementar à pleiteada pela autora em flagrante julgamento *extra petita* desrespeitoso à lei, além de beneficiar terceiro estranho à lide, o que era vedado pelo artigo 472 do antigo Código de Processo Civil.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deliberou por atribuir à reclamação objeto de análise a qualidade de controvérsia repetitiva, nos termos do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil,¹⁸⁹ por analogia, de modo a se aplicar imediatamente a todas as decisões correlatas ao tema no âmbito do território nacional, inclusive a casos que tramitavam antes de firmada a jurisprudência.

¹⁸⁷ CPC, Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. (BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.)

¹⁸⁸ “Para os fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil, foi definida a seguinte tese: ‘É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide’”. (parte dispositiva do acórdão) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. *Rcl 12.062/GO (2013/0090064-6)*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 12 nov. 2014. DJe 20 nov. 2014.]

¹⁸⁹ CPC, Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. §1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. §2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida [...].

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade parcial da sentença objeto da reclamação em relação à condenação, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização à título de danos sociais em benefício de terceiro não integrante da relação processual, pois o julgamento *extra petita* se evidenciou na hipótese dos autos a partir da condenação da instituição financeira ao pagamento de valor em pecúnia a terceiro estranho à lide, cujo pedido não restou formulado pela demandante na petição inicial e cujo fundamento sequer restou alegado pela parte autora em sua petição inicial, de modo a extrapolar os limites objetivos e subjetivos da demanda.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede recursal, condenou a operadora de plano de saúde Amil ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e *indenização punitiva de cunho social*, conforme consta do teor do voto do relator, no importe de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) destinada ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, devido à recusa reiterada do plano de saúde em negar vigência ao contrato, com fundamento dogmático no dano social reprovável e ofensivo à ordem social e a interesses públicos,¹⁹⁰ o que evidencia a aplicação atécnicamente do viés punitivo da responsabilidade civil como reflexo do ativismo judicial e, com efeito, revela a ineficiência de decisões judiciais dessa natureza, pois violam disposições legais.

O caso envolveu a negativa de autorização para internação e custeio do tratamento de doença preexistente em estabelecimento hospitalar integrante da rede credenciada da Amil a um consumidor com quem havia celebrado um contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar em junho de 2009, sob o argumento de não cumprimento do período de carência contratualmente fixado em 24 (vinte e quatro meses) para internação e tratamento de doenças preexistentes, pois declarou possuir hipertensão como doença preexistente e sofreu um infarto do miocárdio 11 (onze) meses após a contratação do plano de saúde, motivo pelo qual foi conduzido para outro hospital em situação aflitiva.

O objetivo da decisão judicial era a promoção da prevenção dissuasivo-aflitiva de danos, para além da indenização por danos morais, por meio da tutela dos interesses sociais a partir da punição da operadora de plano de saúde e do desestímulo à prática de reiteradas

¹⁹⁰ “[...] DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo [...]”. (parte dispositiva do acórdão) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. *Apelação n. 0027158.41.2010.8.26.0564*. Relator: Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Julgado em 18 jul. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=564&processo.codigo=FOZ0A0KYE0000&uuiidCaptcha=>>>. Acesso em: 26 ago. 2015.)

recusas do plano de saúde ao cumprimento de contratos de seguro de saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas, com fundamento dogmático no dano social reprovável e ofensivo à ordem social e a interesses públicos.

A decisão judicial proferida em sede de sentença se revela ineficiente do ponto de vista legal e da análise econômica do direito, mesmo sem adentrar ao mérito do argumento de defesa da Amil em relação à legalidade de sua conduta, pois se trata de julgamento *extra petita*, o que enseja a declaração de nulidade do ato decisório, no qual restou aplicado o caráter punitivo da responsabilidade civil como reflexo do ativismo judicial.

A inexistência de previsão legal autorizativa para fixação de pena civil no direito brasileiro, o julgamento *extra petita* e o fato de que a vítima não possui legitimidade à propositura de ação coletiva, logo não poderia ser objeto de ação individual, acarreta o ativismo judicial no caso em tela.

A relatora do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, em sede de decisão monocrática, reconheceu o julgamento *extra petita* da indenização punitiva de *cunho social*, de modo a removê-la, mas manteve a condenação ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por estar condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e não constituir causa geradora de enriquecimento ilícito.¹⁹¹

O Juizado Especial Cível da Comarca de Jales, em sede de sentença, condenou a operadora de telefonia móvel TIM a pagar o importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de indenização por danos morais e o montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) à *reparação do dano social*, conforme consta da parte dispositiva da sentença, destinada à Santa Casa da Misericórdia de Jales e ao Hospital do Câncer de Jales, devido à falta de qualidade na prestação de serviços (promoção: R\$ 0,25 por ligação), com fundamento dogmático no dano social reprovável e ofensivo à ordem social e a interesses públicos,¹⁹² o que evidencia a

¹⁹¹ “Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a condenação a título de danos morais coletivos/sociais e de litigância por má-fé”. (parte dispositiva do acórdão) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. *REsp 1.598.709/SP (2016/0118006-8)*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 26 nov. 2018. DJe 29 nov. 2018.]

¹⁹² “Posto isso, JULGA-SE PROCEDENTE o pedido, para condenar a requerida na indenização por danos morais no valor de R\$6.000,00, com atualização monetária a partir desta sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Sem condenação em custas e despesas processuais, bem assim em honorários advocatícios – incabíveis nas sentenças proferidas durante os processos de conhecimento dos Juizados Especiais Cíveis. **Condena-se, ainda, a TIM CELULAR S/A. na reparação do dano social, no valor de R\$ 5 milhões, com atualização monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir desta sentença [...]**”. (grifo nosso) (parte dispositiva da sentença) [BRASIL. Juizado Especial Cível e Criminal - Foro de Jales. *Processo n. 0005261-74.2013.8.26.0297*, Juiz Fernando Antônio de Lima. Julgado em 10 out. 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=89Z0D04250000&processo.foro=297&uuiidCaptcha=sajcaptcha_e5c561128df340669b1795a413ed1b63>. Acesso em: 26 ago. 2015.]

aplicação atécnica do viés punitivo da responsabilidade civil como reflexo do ativismo judicial e, com efeito, revela a ineficiência de decisões judiciais dessa natureza, pois violam disposições legais.

O caso envolveu a qualidade da prestação de serviços de telefonia móvel de consumidora optante do Plano Infinity Pré, no qual cada ligação coberta pelo plano, independentemente de sua duração, custava R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos), entretanto a interrupção das ligações contempladas pelo plano contratado se tornou frequente, o que restou evidenciado nas faturas juntadas aos autos, já que a empresa se desincumbiu do ônus da prova, o que revelou a atitude propositiva da operadora para que os consumidores refizessem as chamadas mediante o pagamento de tarifas adicionais.

O objetivo da decisão judicial era a promoção da prevenção dissuasivo-aflitiva de danos, para além da indenização por danos morais, por meio da tutela dos interesses sociais a partir da punição da operadora de telefonia móvel e do desestímulo à prática de reiteradas interrupções nas ligações cobertas pelo Plano Infinity Pré, a propósito de ser esta a principal reclamação dirigida à operadora nos Procons estaduais à época e de idênticas condutas terem motivado a imposição de expressivas multas administrativas pela Anatel e pelo Procon do Estado do Paraná.

A decisão judicial proferida em sede de sentença se revela ineficiente do ponto de vista legal e da análise econômica do direito, pois se trata de julgamento *extra petita*, o que enseja a declaração de nulidade do ato decisório, no qual restou aplicado montante pecuniário para *reparação do dano social* como reflexo do ativismo judicial.

A inexistência de previsão legal autorizativa para fixação de pena civil no direito brasileiro, o julgamento *extra petita* e o fato de que a vítima não possui legitimidade à propositura de ação coletiva, logo não poderia ser objeto de ação individual, acarreta a politização da justiça no caso em tela.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede recursal, reconheceu a nulidade do julgado em relação à *indenização a título de danos sociais*, conforme consta da parte dispositiva do acórdão, em favor de terceiro estranho à lide de modo a removê-la, mas manteve a condenação ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais),¹⁹³ nos termos da decisão proferida na reclamação n 12.062/GO-2014 do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹³ “A fim de reconhecer, nos termos da r. decisão proferida na reclamação 12.062-GO-STJ, a nulidade do julgado em relação à condenação da parte ré ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, mantida a indenização por danos morais nos termos da r sentença prolatada. Arcará a

Autoridades e especialistas da seara cível têm aprovado enunciados sobre as finalidades da responsabilidade civil nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, os quais servem de orientação para a elaboração de decisões, peças processuais, estudos e publicações sobre a matéria, dentre os quais é importante mencionar o enunciado n. 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, e os enunciados n. 446 e 458, ambos aprovados na V Jornada de Direito Civil, os quais revelam que é nítida a opção da doutrina brasileira por castigar o transgressor em sede de reparação dos danos extrapatrimoniais e dos prejuízos na hipótese de responsabilidade civil objetiva.

O enunciado n. 379 do CEJ/CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, pronuncia o que segue: “Art. 944: O artigo 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”,¹⁹⁴ o que revela que autoridades e especialistas da esfera cível sugerem que a indenização não obsta a punição do ofensor pela conduta altamente reprovável por ele perpetrada e a prevenção de condutas ultrajantes análogas para além da compensação do prejuízo causado ao lesado, razão pela qual indicam que as finalidades da responsabilidade civil (compensatória, punitiva e pedagógica) são compatíveis e se complementam caso necessário, uma vez que não são excludentes entre si.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado n. 458, aprovado na V Jornada de Direito Civil, pronuncia o que segue: “Art. 944: O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”,¹⁹⁵ o que revela que autoridades e especialistas da seara cível propõem a adoção de critérios punitivos, qual seja a gradação da culpa do transgressor, para o cômputo do dano extrapatrimonial.

O enunciado n. 446 do CEJ/CJF, aprovado na V Jornada de Direito Civil, pronuncia o que segue: “Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a

recorrente com todas as custas e despesas processuais, bem como com os honorários da parte contrária que fixo em 10% sobre o valor total da condenação. (Acolheram os embargos para constar que os juros de mora devem ter como marco inicial a sentença proferida pelo juiz ‘a quo’). (trecho da ementa do acórdão)

¹⁹⁴ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). IV Jornada de Direito Civil. *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁹⁵ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). V Jornada de Direito Civil. *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/409>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”,¹⁹⁶ o que revela que autoridades e especialistas da esfera cível recomendam a apreciação do aspecto preventivo, para além da reparação do ofendido, na hipótese de responsabilidade civil objetiva, haja vista que a responsabilidade civil atua como um mecanismo de controle social a fim de preservar os interesses da sociedade, o que acarreta a apreensão social como fundamento.

A literalidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que remetem à noção de indenização, punição ou admissão de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório, assim como a análise dos projetos de lei vetados, rejeitados, arquivados e em trâmite no Congresso Nacional, permitem inferir que o ordenamento jurídico civil-constitucional em vigor não possui nenhum dispositivo legal que autorize a aplicação da punição civil no direito brasileiro, para além da indenização, motivo pelo qual não admite a imputação de valores que excedam a mera extensão do dano, haja vista a imprescindibilidade de previsão legal prévia que estabeleça a punição civil, o que significa dizer que a finalidade da responsabilidade civil extracontratual reconhecida no direito brasileiro é a compensatória, conforme exposto no tópico 2.1.

A existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, bem como a inserção atécnica do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais na esfera judicial e, ainda, a aprovação de enunciados que contêm a orientação no sentido de propor a adoção de critérios punitivos e pedagógicos dentro do instituto da responsabilidade civil objetiva ou da indenização por danos extrapatrimoniais, revelam, no entanto, o interesse de setores da sociedade civil organizada em sancionar o agente que cometeu o ilícito civil e desestimular o ofensor e terceiros à prática de outros comportamentos antijurídicos, o que está adstrita à previsão legal expressa e prévia à ocorrência do dano, consoante disposto no tópico 2.2.

¹⁹⁶ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). V Jornada de Direito Civil. *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

3 A viabilidade jurídica da punição civil no ordenamento jurídico brasileiro devido à necessidade de estímulo à prevenção dissuasivo-aflictiva de danos e seus desdobramentos.

O sistema jurídico de tradição romano-germânica (*civil law*) se ampara na universalização, pauta-se em regra de lei e na ciência, diversamente do sistema jurídico anglo-saxão (*common law*), que se funda na casuística e se pauta em precedente e na experiência.¹⁹⁷

Os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxão possuem diferenças estruturais entre si, no entanto há certa aproximação entre eles, o que justifica a plausibilidade da transposição de institutos jurídicos típicos do direito americano para o direito brasileiro “como forma de contribuição para a edificação de um direito privado capaz de aliar a justiça e a eficiência”,¹⁹⁸ desde que tomadas as devidas cautelas de adequação a esse ordenamento, como o que aqui se pretende, em caso de pertinência e viabilidade jurídica, com a ideia dos *punitive damages*.

Os *punitive damages* são um instituto de origem inglesa que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XVIII na esteira de um sistema jurídico de tradição *common law* quando se detectou a necessidade de observar a conduta do agente causador do ato ilícito, ao invés de focar tão somente no prejuízo experimentado pela vítima, contudo o instituto dos *punitive damages* se desenvolveu com maior difusão nos Estados Unidos da América, cujo sistema jurídico também é de tradição *common law*.

A expressão *damages*¹⁹⁹ nos países de tradição *common law* está associada à responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos (*torts law*), de modo que serve para denominar o montante atribuído à vítima em razão da conduta ilícita danosa perpetrada pelo transgressor, isto é, as consequências pecuniárias derivadas da prática de um ato ilícito (*tort*), enquanto a expressão *damage* remete ao dano em si, ou melhor, à lesão a um interesse jurídico.²⁰⁰

¹⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 46, abr./jun. 2004.

¹⁹⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 166.

¹⁹⁹ “*Damages are sum of money which a person wronged is entitled to receive from the wrongdoer as compensation for the wrong*”. (GARNER, B.A. *Black’s Law Dictionary*. 7. ed. Saint Paul: West Group, 1999. p. 393.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A indenização é a soma de dinheiro que a vítima tem direito a receber do infrator como compensação pelo erro”.

²⁰⁰ “*These torts illustrate the two meanings: damage and damages. The damage here is the interference with a legally recognised interest, whereas damages represent the sum awarded for the violation of such an interest*”. (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and deakin’s tort law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 793.) Em tradução livre da autora: “Esses atos ilícitos civis ilustram os dois significados: *damage* e *damages*. *Damage* é a lesão a um interesse legalmente reconhecido, enquanto *damages* representa a quantia concedida pela violação de tal interesse”.

A terminologia *punitive damages* é um tanto inadequada, pois a punição é apenas um dos escopos do instituto, todavia o termo é utilizado por ser convencional,²⁰¹ apesar da impropriedade terminológica empregada, já que a expressão dá uma dimensão parcial do instituto.

O §908 do *Restatement (Second) of Torts* norte-americano, formulado por juristas e promulgado pelo *American Law Institute* em 1979, sugere que os *punitive damages* são o montante pecuniário, diverso dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecido contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, assim como terceiros, da prática de conduta semelhante no futuro.²⁰²

Os *punitive damages* são fixados em adição à indenização para punir o réu pelo cometimento de uma conduta grave ou ultrajante, bem como para dissuadir o ofensor e terceiros da prática de atos análogos no futuro,²⁰³ por isso possuem natureza dúplice consubstanciada nas finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil, exatamente porque servem como mecanismo de punição e desestímulo de condutas ilícitas.

A noção de *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de punição civil “(e não ‘dano punitivo’, como às vezes se lê)”,²⁰⁴ nem *indenização punitiva*, *prestações punitivas/ dissuasórias*, *sanção pecuniária*, expressões costumeiramente utilizadas para se referir equivocadamente à punição civil.

A inadequação terminológica da expressão *dano punitivo*²⁰⁵ decorre, primeiramente, da confusão entre causa (dano) e efeito (punição), pois a expressão *damage(s)*, em inglês, é

²⁰¹ No original: “The term ‘punitive damages’ is somewhat inapt because the purpose of such damages is only partly, and perhaps, not even mainly, to punish; we, nevertheless use the term because it is conventional”. [POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 764. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.]

²⁰² No original: “§ 908. Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future”. [ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Restatement (second) of contracts*. Disponível em: <http://www2.okcu.edu/lawold/academics/syllabi/excerpts_restatements_use.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2016.]

²⁰³ No original: “Punitive damages are assessed in addition to compensatory damages to punish the defendant for the commission of an aggravated or outrageous act of misconduct and to deter him and others from such conduct in the future”. (OWEN, David G. Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 74, p. 1265, 1976. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub>. Acesso em: 20 dez. 2016.)

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, ano IX, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

²⁰⁵ Sérgio Junkes utiliza a expressão *danos punitivos* para se referir equivocadamente à punição civil: “O quarto aspecto em desfavor dos danos punitivos é o fato de propiciar o enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que estaria recebendo um valor que extrapola o dano causado”. (JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. *Juris Síntese*, Joinville, n. 76, mar./abr.

um vocábulo cuja significação se modifica conforme a variação de número, de modo que *damage* significa prejuízo ou lesão a um interesse juridicamente tutelado (dano suportado pela vítima) e *damages* remete à noção de montante pecuniário devido pelo transgressor ao ofendido para fins de compensação pela conduta ilícita cometida.

A impropriedade terminológica da expressão *dano punitivo* decorre, secundariamente, da própria epistemologia das palavras *dano* e *punitivo*, pois *dano* significa prejuízo e *punitivo* remete a ideia de retribuição, logo se evidencia a mera adjetivação de um substantivo a partir da atribuição de uma qualidade, caráter ou estado ao dano, o que se revela insustentável do ponto de vista técnico, uma vez que o que se pretende punir é o ato ilícito dotado de alta reprovabilidade social, e não o dano.

A expressão *indenização punitiva*²⁰⁶ é um oxímoro por ser formada por dois vocábulos contraditórios entre si, uma vez que o termo *indenização*²⁰⁷ remete à ideia de reparação e, por derradeiro, expressa o escopo compensatório da responsabilidade civil, que visa a eliminação do prejuízo imposto à vítima por meio do reequilíbrio patrimonial tão somente na extensão do evento danoso a partir da transferência dos danos do patrimônio do lesante, ao passo que a palavra *punitiva* significa retribuição e, por isso, se reporta ao escopo aflitivo da responsabilidade civil.²⁰⁸

A expressão *prestações punitivas/ dissuasórias*²⁰⁹ também possui uma dimensão extremamente ampla, à medida que pode se referir a qualquer obrigação com escopo dissuasivo-aflitivo, seja ela pecuniária ou não, seja ela de natureza civil ou não, razão pela qual não constitui a melhor interpretação dos *punitive damages*.

2009. CD-ROM. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/438>>. Acesso em: 31 jul. 2018.)

²⁰⁶ Sanseverino utiliza a expressão *indenização punitiva* para se referir equivocadamente à punição civil “A primeira dificuldade é a ausência de texto legal que permita o acolhimento da indenização punitiva”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.)

²⁰⁷ O conceito de indenização é derivado do latim *indemnitas* (*indene*), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, recompensar, retribuir), que em sentido genérico quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para reembolsá-la de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas.

²⁰⁸ “Tampouco se nos afigura correta a expressão indenização punitiva, uma vez que a vítima já estará *indemne*. A função dos *punitive damages* não é ressarcir prejuízos, mas punir o infrator, obrigando-lhe a desembolsar quantia superior ao dano causado”. (BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka; BUGARIN, Maurício Soares. Danos sociais e *punitive damages*: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na responsabilidade civil. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 104, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://portal.revistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6016/pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.)

²⁰⁹ Caroline Vaz utiliza a expressão *prestações pecuniárias/dissuasórias* para se referir equivocadamente à punição civil “Isso porque as prestações punitivas/ dissuasórias [...] passariam a ser o valor excedente àquele que pertine aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não se assemelhando ou subsumindo em quaisquer destes”. (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. 75.)

A expressão *sanção pecuniária* somente é inapropriada porque tem uma dimensão extremamente ampla, uma vez que denomina o estabelecimento de obrigação ao pagamento de determinada importância em pecúnia em decorrência da violação ao ordenamento jurídico, o que pode contemplar a indenização, as multas administrativas e criminais, as astrições e a punição civil, a despeito de serem figuras jurídicas com finalidades nitidamente distintas entre si.

A punição civil é uma sanção pecuniária resultante da perpetração de um ato ilícito civil, a qual é imposta ao ofensor, para além da indenização, com a finalidade precípua de punir o agente causador do dano, adverti-lo a não reiterar comportamentos ultrajantes análogos, e dissuadir terceiros da prática de condutas antijurídicas semelhantes, ou seja, a punição civil [...] consiste num montante adicional, para além da indenização da vítima pelo prejuízo sofrido, que lhe é atribuída para punir o réu, adverti-lo a não mais agir dessa forma, e dissuadir outros de seguir o seu exemplo.²¹⁰

A pertinência e a viabilidade jurídica para inserção da punição civil no direito civil pátrio, de acordo com a doutrina majoritária, se materializa, desde que haja previsão legislativa específica no sentido de criar a punição civil como categoria autônoma para punição da conduta reprovável do agente e desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos, todavia a legislação civil deve estabelecer os parâmetros legais a fim de evitar disparidades arbitrárias na aplicação do instituto da punição civil.

3.1 A punição civil como categoria autônoma tanto para punição da conduta reprovável do agente como para desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos.

A existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, consoante abordado no tópico 2.1, bem como a inserção atécnica do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais na esfera judicial e, ainda, a aprovação de enunciados que contêm a orientação no sentido de propor a adoção de critérios punitivos e pedagógicos dentro do instituto da responsabilidade civil objetiva ou da indenização por danos morais, consoante exposto no

²¹⁰ No original: “*Punitive damages, sometimes called exemplary or vindictive damages, or ‘smart money’, consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do it again, and of deterring other from following his example*”. (PROSSER, W.; WADE, J.; SCHWARTZ, V. *Torts, cases and materials*. 7. ed. New York: Foundation Press, 1982. p. 560.)

tópico 2.2, revelam o interesse de setores da sociedade civil organizada em sancionar o agente que cometeu o ilícito civil e desestimular o ofensor e terceiros à prática de outros comportamentos antijurídicos, o que está adstrita à previsão legal expressa e prévia à ocorrência do dano.

A sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa, derivada da existência de elevada quantidade de processos judiciais atinentes ao cometimento de atos ilícitos diversos por litigantes habituais e da constatação de que, em regra, o crime compensa aos malfeitores em face do potencial lucrativo das condutas ilícitas, consoante abordado no tópico 1.2, e, por outro lado, a inexistência de norma civil-constitucional que preveja a punição civil e a existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, conforme explanado no tópico 2.1, resultam na defesa da refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos para atingir as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado, de modo a justificar a pertinência da imputação de punição civil ao transgressor, para além da indenização, desde que haja previsão legal específica que a autorize.

A inexistência de norma autorizativa para aplicação da punição civil na reparação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais no direito brasileiro decorre do fato de que “não há qualquer dispositivo no Código Civil brasileiro de 2002 – e tampouco havia no Código Civil de 1916 – que preveja a punição por um dano cometido”,²¹¹ todavia inexistente vedação civil-constitucional à inserção do instituto da punição civil no ordenamento jurídico pátrio, eis que a única objeção à incidência do viés punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro decorre da inexistência de autorização legislativa,²¹² consoante disposto no capítulo 2.

A necessidade de previsão legal expressa para que o caráter punitivo da responsabilidade civil seja efetivamente aplicado a casos concretos no Brasil não admite relativização por ser característica inerente ao sistema jurídico da *civil law* e de direito excepcional.

O artigo 944 do Código Civil, a princípio, prevê unicamente a função reparatória da responsabilidade civil, ainda que não haja consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre as finalidades da responsabilidade civil reconhecidas no direito brasileiro, porém o paradigma

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 78, abr./jun. 2004.

²¹² “A primeira dificuldade é a ausência de texto legal que permita o acolhimento da indenização punitiva”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.)

ressarcitório da responsabilidade civil se mostra insuficiente, ineficiente e inefetivo para atender as necessidades da sociedade brasileira do século XXI, face ao fato de que a indenização é medida exclusivamente com base na extensão do ilícito, de modo a deixar de levar em consideração outros critérios igualmente relevantes, a exemplo do grau de culpa do agente, da reincidência do ofensor em atos ilícitos semelhantes e da capacidade econômica do autor do ilícito.

Os critérios supramencionados “são fatores que não se relacionam com a finalidade compensatória da indenização: assinalam, claramente, a finalidade punitiva da sanção”,²¹³ isso porque, “haverá, de fato, verdadeira punição se se arbitrar a reparação do dano considerando-se não o que se fez (*rectius*, o que se sofreu), mas quem o praticou”.²¹⁴

A responsabilidade civil por danos no direito brasileiro se encontra, portanto, ultrapassada em relação às necessidades da sociedade brasileira do século XXI fundada na produção e consumo em massa, face ao fato de que a indenização é medida exclusivamente com base na extensão do dano (art. 944 do Código Civil – função reparatória), razão pela qual merece reforma, a partir da refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo-pedagógico, bem como preventivo de danos, haja vista que a punição civil se torna uma necessidade na realidade brasileira.

A preocupação da responsabilidade civil no cenário brasileiro do século XXI não deve se limitar à reparação de dano consumado com foco exclusivo no ressarcimento integral do prejuízo experimentado pela vítima, pois deve, por outro lado, focar na figura do ofensor e na conduta por ele perpetrada para perseguir o escopo preventivo geral e especial quanto à punição do causador do dano e ao desincentivo do próprio agente e de toda a coletividade à prática de condutas ilícitas semelhantes.

A refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos por meio da introdução de previsão legislativa específica que autorize a aplicação da punição civil no direito brasileiro assegura maior eficiência à tutela dos interesses jurídicos afetados pela prática de atos ilícitos danosos altamente reprováveis e indesejados, com vistas a atender as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado.

A insuficiência da função reparatória para atender as necessidades contemporâneas da sociedade brasileira e a refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e

²¹³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 235.

²¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 73, abr./jun. 2004.

de prevenção de danos demonstram que a aplicação do instituto da punição civil em hipóteses excepcionais parece aceitável, o que pode exercer papel fundamental no tocante especialmente à proteção de direitos extrapatrimoniais e metaindividuais e à prevenção de futuras condutas ilícitas ou danos análogos, na medida em que é capaz de desempenhar a finalidade punitiva e dissuasória, já que se traduz em uma pena pecuniária de natureza privada com finalidade primária preventiva geral e especial de ato ilícito grave, intencional, social e juridicamente reprovável relativo a direito patrimonial ou extrapatrimonial e fundado em uma relação contratual ou extracontratual.

O instituto da punição civil, no entanto, necessita de regulação legal no sentido de ser criado e de definir os parâmetros para sua aplicação aos casos concretos, a fim de fixar elementos mínimos para que o magistrado possa arbitrar a punição civil de forma precisa e devidamente fundamentada e assegurar julgamentos imparciais, de modo a evitar, com isso, o enfraquecimento do instituto em decorrência de larga discricionariedade do magistrado, condenações exorbitantes, enriquecimento sem causa e insegurança jurídica.

A multiplicidade de funções basilares no campo da responsabilidade civil será evidenciada a partir da refundamentação da responsabilidade civil mediante diploma legal, quais sejam: a finalidade reparatória, a finalidade punitiva e a finalidade preventiva; as quais são compatíveis e não excludentes e não possuem prioridade hierárquica uma em relação às outras, o que significa dizer que as novas funções a serem exercidas pela responsabilidade civil são compatíveis e se complementam caso necessário, pois não são excludentes entre si.²¹⁵

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado n. 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, sugere que a indenização não afasta a possibilidade de se reconhecer a punição do ofensor pela conduta altamente reprovável por ele perpetrada e a prevenção de condutas ultrajantes análogas para além da compensação do prejuízo causado ao lesado, e, por derradeiro, que as novas funções a serem exercidas pela responsabilidade civil (compensatória, punitiva e preventiva) são compatíveis e se complementam caso necessário, pois não são excludentes entre si.

A finalidade reparatória da responsabilidade civil, também conhecida como função compensatória, se dirige à vítima e visa o reequilíbrio patrimonial do lesado tão somente na extensão do evento danoso a partir da transferência dos danos do patrimônio do lesante, o que

²¹⁵ “Nos casos em que assim se exigir, a responsabilidade civil deverá exercer, ao lado de sua tradicional função reparatória, e com igual relevância, uma função punitiva (também nomeada de sancionatória) e uma função preventiva (também denominada de dissuasória)”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 175.]

se concretiza sempre pela via indenizatória, por meio da entrega à vítima de um montante em pecúnia que lhe sirva de lenitivo pelos danos sofridos, com o intuito de reparar as consequências e os efeitos do comportamento ilícito.

A finalidade punitiva da responsabilidade civil é endereçada ao agente causador do dano e objetiva sancionar o autor do comportamento ilícito altamente reprovável a partir da aplicação de uma pena civil, a fim de desestimulá-lo a práticas infrativas potencialmente nocivas que envolvam direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais, especialmente na tutela de direitos da personalidade e de interesses metaindividuais, respectivamente.

A finalidade preventiva, também conhecida como função dissuasória, se dirige à coletividade/ sociedade e se traduz na prevenção de ilícitos, ou seja, em dissuadir potenciais infratores da prática de comportamentos antijurídicos análogos no convívio social, o que tende a ser o cerne da responsabilidade civil refundamentada, pois a penalização do infrator face a sua conduta ilícita enseja, de forma secundária, a prevenção ao desestimular a prática de novos ilícitos.

Os objetivos sociais da inserção da pena civil na lei é o deferimento quanto à aplicação das finalidades dos *punitive damages* no direito brasileiro, quais sejam: retributiva, a qual está ligada à punição exemplar do ofensor devido à alta reprovabilidade social de sua conduta lesiva com vistas a reestabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico; e, desestímulo, a qual diz respeito à dissuasão para afligir o ofensor e evitar a reiteração de comportamentos antissociais e ultrajantes assemelhados.²¹⁶

A dissuasão enseja o uso de sanções para influenciar o comportamento de outrem, de modo a maximizar o bem-estar social: os benefícios que os ofensores obtêm de suas próprias ações, menos os custos das precauções, os danos causados e as despesas decorrentes da legislação em vigor; ao passo que, a punição implica na imposição de sanções para satisfazer um desejo de retribuição contra os malfeitores.²¹⁷

²¹⁶ “Os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena e afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos”. (ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170.)

²¹⁷ No original: “By *deterrence* we mean the use of sanctions to influence behavior, so as to maximize the following measure of social welfare: the benefits parties obtain from their actions, less the costs of precautions, the harm done, and the expenses due to use of the legal system. By *punishment*, we mean the imposition of sanctions to satisfy a desire for retribution against wrongdoers”. [POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 765. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.]

A pena civil se traduz em sanção punitiva com finalidade preventiva geral e especial de ato ilícito, de modo que a inserção da pena civil no ordenamento jurídico brasileiro pode culminar na punição da conduta social e juridicamente reprovável do autor do ato ilícito, bem como na intimidação e desincentivo do agente ao cometimento de novos atos ilícitos (prevenção especial) e da sociedade em geral à prática de novos danos de mesma natureza (prevenção geral), o que se propõe a restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, viabilizar a pacificação social e a consequente função social da responsabilidade civil.²¹⁸²¹⁹

A prevenção geral possui uma finalidade social na medida em que objetiva o alcance da integração e segurança social, ambas na linha do princípio da solidariedade, ao intentar evitar que a sociedade pratique atividade ilícita danosa assemelhada a do transgressor, ao passo que a prevenção especial é reeducativa, visto que busca prevenir que o indivíduo que praticou a conduta ilícita lesiva volte a delinquir, ou seja, pretende evitar a reiteração do ofensor em comportamento ilícito danoso análogo, portanto também possui uma finalidade social.

O restabelecimento da imperatividade da ordem jurídica, a viabilização da pacificação social e da consequente função social da responsabilidade civil abarcada pelo senso de justiça são vantagens provenientes da admissão da punição civil no direito brasileiro, à medida que se propõe a punir o autor do ato ilícito pela prática de determinada conduta lesiva e, com efeito, a desincentivar o transgressor e terceiros ao cometimento de novos atos ilícitos e de novos danos de mesma natureza.

A redução do oportunismo, da indiferença e do desprezo dos potenciais ofensores em relação às potenciais vítimas de danos, especialmente os consumidores e os empregados, bem como a redução da cominação de *indenizações* em valores irrisórios e do ativismo judicial mediante a contemplação da pena civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais, são outros prováveis benefícios do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil.

Outras vantagens do estabelecimento da punição civil na ordem jurídica brasileira dizem respeito ao alcance de resultados sociais desejáveis e de maior efetividade quanto à proteção de direitos da personalidade, direitos de propriedade, direitos metaindividuais e interesses individuais homogêneos, isso porque a punição civil pode servir como instrumento

²¹⁸ RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito, 2009.

²¹⁹ “A função primordial do direito é justamente manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social”. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 193.)

de otimização da efetividade e eficiência da tutela civil dos bens jurídicos afetados pela prática de atos ilícitos danosos altamente censuráveis e indesejados.

A pertinência da aplicação do instituto da punição civil no âmbito da proteção legal aos interesses transindividuais decorre do fato de que a punição civil tutela a ordem social e interesses jurídicos de toda uma coletividade, de modo a transcender as esferas estritamente individuais e subjetivas do ofendido, já que se revela capaz de prevenir ilícitos a bens ou valores de relevância geral, difusa ou coletiva,²²⁰ logo “o dado específico da pena civil é a constatação da capacidade do direito privado se servir da justiça retributiva (punição ao autor da conduta reprovável) para afirmar a justiça distributiva (pela tutela de interesses coletivos)”.²²¹

Os prováveis efeitos indesejáveis da imputação da punição civil podem ser extraídos da experiência norte-americana,²²²²²³ quais sejam: a superproteção dos sujeitos lesados, a condenação a indenizações excessivas, a ponto de gerar enriquecimento sem causa e ferir a segurança jurídica; de modo a serem estes alguns dos argumentos aventados pela doutrina minoritária para defesa da não inserção da ideia dos *punitive damages* no direito brasileiro, todavia as inquietações acima externalizadas não se materializam em um sistema no qual a punição civil seja aplicada de maneira eficiente e adequada.²²⁴

A imputação de sanções punitivas excessivamente brandas não inibe a prática do ato ilícito, ao passo que a aplicação de penas civis demasiadamente severas assusta as empresas causadoras de danos, a ponto de sustentarem o abandono da atividade produtiva, a possível saída do mercado e o risco de resultar na insolvência civil de pessoas físicas ou falência de pessoas jurídicas, o que pode ser evitado a partir da imputação de uma dissuasão socialmente ótima, a qual se alcança a partir do estabelecimento de uma pena severa o suficiente para que

²²⁰ BENAZZO, Paolo. *Le pene civili nel diritto privato d'impresa*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 279-281.

²²¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61.

²²² A respeito do assunto, cite-se o caso norte-americano *BMW versus GORE* (1996) no qual o júri do Tribunal de Birmingham condenou a BMW ao pagamento de US\$ 4 mil dólares a título de indenização e de US\$ 4 milhões de dólares a título de *punitive damages*, sendo este último reduzido para US\$ 2 milhões de dólares pela Suprema Corte do Alabama. Mesmo diante de tal redução, a Corte Americana entendeu ser enormemente excessiva a decisão de US\$ 2 milhões de dólares a título de *punitive damages*, pois ultrapassava o limite constitucional. (*BMW OF NORTH AMERICA, INC. v. GORE*. *Cornell University Law School*, Ithaca, 1996. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.)

²²³ O instituto do *punitive damages* continua a ser aplicado nos Estados Unidos da América, nada obstante as críticas, de modo a ser admitido, ainda que de maneira limitada, em mais de 40 Estados norte-americanos. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.)

²²⁴ “As preocupações acima externadas não concretizam em um sistema em que a indenização punitiva incide de maneira eficiente e adequada”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 183.]

o ganho esperado do crime para o transgressor seja equivalente ao custo esperado da punição, consoante exposto no tópico 1.2.

A punição civil persegue fim distinto do enriquecimento sem causa, haja vista que, “a aplicação da pena civil [...] deseja prevenir a adoção de determinados comportamentos antissociais e punir os agentes infratores, (enquanto) o escopo do enriquecimento sem causa se restringe a impedir enriquecimento injustificado, sem o escopo preventivo-punitivo”,²²⁵ razão pela qual não se pode cogitar de enriquecimento sem causa ou locupletamento ilícito quando o montante destinado ao ofendido é proveniente de uma decisão judicial, pois “se a ideia da pena é justa em si, evidente se torna que o pretendido enriquecimento ou empobrecimento terão base legal, uma causa, o que elimina qualquer crítica a respeito”.²²⁶

Não é crível que a punição civil seja aplicada a todo tempo e a qualquer custo como um instrumento simplista de imposição de penas complementares ao sistema reparatório, sob pena de ferir a segurança jurídica face a sua total imprevisibilidade.

Os benefícios, os malefícios e as considerações apresentadas sobre o caráter punitivo da responsabilidade civil podem ser sopesados e induzir a conclusão de que a punição civil se torna uma necessidade na realidade brasileira, haja vista ser imprescindível observar também a conduta do ofensor, ao invés de focar exclusivamente no prejuízo experimentado pela vítima,²²⁷ assim como já se verifica no direito penal por intermédio do sincretismo jurídico, a fim de estimular a prevenção e precaução de danos, castigar o autor do ato ilícito face à reprovabilidade social de sua conduta ilícita e desincentivar a prática de outros atos ilícitos.

A refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos para atingir as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado deve ser objetivada em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, de modo que demanda prévia cominação legal acerca do estabelecimento da punição civil, pois “a proposta [...] passa pela adoção de uma técnica de controle social de desencorajamento de comportamentos reprováveis, através das sanções de caráter simultaneamente preventivo e dissuasivo”.²²⁸

²²⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128.

²²⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 844.

²²⁷ “Essa mudança de perspectiva da vítima para o ofensor vai ao encontro de três exigências do ordenamento: resgata a capacidade da norma de prescrever a conduta que deve ser observada pelos seus destinatários; permite valorar a conduta do causador do dano e não apenas constatá-la para determinar ressarcimento; restabelece a noção da justiça”. (MIRANDA, Jorge Di Ciero. Punitive damages: discutindo elementos e critérios da indenização. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 12, p. 216, 2014. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/37/35>>. Acesso em: 20 dez. 2016.)

²²⁸ ROSENVALD, op. cit. p. 135.

A medida mais adequada nos países civilistas, como o Brasil, é a criação da punição civil como categoria autônoma, desvinculada do ilícito reparatório,²²⁹²³⁰ por meio da edição de legislação específica, a fim de “normatizar as *fattispecie* (casos) consideradas, do ponto de vista do legislador democrático, como merecedoras de aplicação de pena pecuniária ou multa civil”,²³¹ em consonância com as exigências constitucionais.

A instituição da punição civil como categoria isolada da indenização permite a apreciação disjuntiva de cada uma das funções da responsabilidade civil, a partir da tomada de decisões judiciais que fundamentem pormenorizadamente cada uma das parcelas e do desmembramento do valor da condenação a título de punição civil e de indenização, até porque os danos materiais e extrapatrimoniais têm existência própria e, por isso, prescindem de um viés aflitivo para justificar a sua satisfação pecuniária,²³² o que assegura efetivamente às partes uma tutela jurisdicional individual e socialmente adequada, à medida que lhes seria dado ciência do montante indenizatório e do montante punitivo da condenação de maneira isolada, de modo que lhes permite insurgir contra os argumentos e valores arbitrados no pronunciamento judicial.

A adoção da punição civil não dispensa um modelo de conformação constitucional, de modo a ser imprescindível, portanto, articular o pedido da punição civil com fundamento em dispositivo legal que permita essa associação, em observância ao princípio da legalidade.²³³

²²⁹ “A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa”. (BICHIBICHI, Jéssica; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Novos desafios da responsabilidade civil concernentes a danos irreversíveis. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 98, jan./jun. 2016. <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/203>>. Acesso em: 15 ago. 2017.)

²³⁰ “Pelo exposto, acredita-se que a imposição de *punitive damages*, como medida extrema de repressão, deva ser inserida no âmbito da responsabilidade civil com uma figura destacada, porém acessória em relação à condenação em danos patrimoniais ou extrapatrimoniais”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 332.)

²³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 55, abr./jun. 2004.

²³² “*Pour éviter tout amalgame, il faut enfin rappeler que l’indemnisation des préjudices personnels extrapatrimoniaux n’a pas un caractère ‘punitif’, parce que ces préjudices existent dans leur réalité corporelle la plus évidente, parce que leur indemnisation ne dépend nullement d’une ‘faute’ du responsable, et parce qu’au surplus elle est effectivement prise en charge par un assureur*”. (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel: systèmes d’indemnisation*. 6.ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 171.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Para evitar qualquer fusão, deve-se lembrar de que a indenização por danos extrapatrimoniais não possui caráter punitivo, até porque os danos extrapatrimoniais têm existência própria, pois prescindem de um viés aflitivo para justificar a sua satisfação pecuniária”.

²³³ “A adoção específica da indenização punitiva não prescinde de um modelo de conformação constitucional. Nesse contexto, é necessário articular o pedido da indenização punitiva com base em algum dispositivo legal que permita essa articulação, isto é, com respeito ao princípio da legalidade. [...] No que tange à imposição da indenização punitiva, por se tratar de direito excepcional, não se pode prescindir de uma base legal nesse sentido”. (GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 199-200.)

A legislação deve oferecer parâmetros para aplicação da pena civil e proporcionar subsídios para quantificação do montante punitivo, para além de autorizar a imputação da punição civil,²³⁴ na tentativa de evitar resultados indesejáveis oriundos da aplicação da penalidade ao caso concreto ao afastar o livre-arbítrio da autoridade judiciária, sob pena de conferir ao magistrado um poder geral punitivo, e, para tanto, deve regular sobre os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil.

A atribuição de punição civil à responsabilidade civil, para além do seu indiscutível efeito reparatório, deve se dar, portanto, em caráter excepcional, em atenção a critérios específicos regulamentados em lei, por meio da pena civil, como já ocorre em outras matérias do direito privado (Direitos Obrigacionais, Direitos Reais, Direito das Sucessões), conforme disposto no tópico 2.1.

O estabelecimento da punição civil na legislação civil brasileira se revela, portanto, pertinente e juridicamente viável para inserção do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro, desde que haja previsão legislativa específica no sentido de criar a punição civil como categoria autônoma para punição da conduta reprovável do agente e desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos, além de estabelecer os desdobramentos do instituto a partir da fixação dos parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro.

3.2 A fixação de parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro.

A legislação deve oferecer parâmetros para aplicação da pena civil, para além de autorizar a imputação da punição civil, sob pena de conferir ao magistrado um poder geral punitivo, e, para tanto, deve regular sobre os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil, conforme explicitado no tópico 3.1.

²³⁴ “Por outro lado, não basta que a lei declare que o juiz está autorizado a punir civilmente os réus, sem fornecer parâmetros para tanto [...]. Numa posição intermediária, a lei deve autorizar a cominação da pena privada [...], estabelecer pressupostos de imputação [...] e fornecer subsídios para apuração do montante [...], a fim de respeitar não apenas a anterioridade penal, mas também as demais garantias constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal (CF, art. 5º, XXXIX, LIV e LV)”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 315.)

Os critérios de aplicação comuns a qualquer pena civil e que são, portanto, indispensáveis à incidência da punição civil no direito brasileiro são a reserva legal, a pessoalidade e a intransferibilidade, razão pela qual a punição civil deve ser pautada pela reserva legal sob a ótica objetiva, ao passo que a pena civil deve ser pautada pela pessoalidade e intransferibilidade numa perspectiva subjetiva.

O princípio da legalidade ou anterioridade penal está positivado no rol de direitos e garantias fundamentais contidos no artigo 5º, II, da Constituição Federal,²³⁵ segundo o qual o indivíduo pode fazer ou deixar de fazer tudo o que quiser desde que não haja lei em sentido contrário, ou seja, tudo que não está proibido por lei é permitido ao particular, com vistas a combater o poder arbitrário do Estado por intermédio da autolimitação do poder punitivo estatal, razão pela qual o indivíduo somente deve respeitar as obrigações que lhe forem impostas por meio das espécies normativas elaboradas pelo Poder Público, entretanto não está obrigado a fazer ou deixar de fazer aquilo que não tenha previsão legislativa no sentido de causar violação ao ordenamento jurídico.

O princípio da reserva legal está insculpido no rol de direitos e garantias fundamentais contidos no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, motivo pelo qual a aplicação de qualquer penalidade depende, necessariamente, da regulamentação prévia por lei formal, qual seja lei oriunda do processo legislativo constitucional que qualifique a conduta como delituosa e que oriente a sua incidência, logo a punição civil somente pode ser aplicada se previamente prevista em lei.

O princípio da reserva legal decorre do princípio da anterioridade penal, embora opere de maneira mais restrita e diversa, pois o princípio da legalidade implica na outorga constitucional de poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação, enquanto o princípio da reserva legal pressupõe a determinação constitucional no sentido de que a regulamentação de determinadas matérias sejam feitas necessariamente por meio da edição de lei formal, o que afasta a possibilidade de a matéria ser disciplinada por outras fontes obrigacionais que não a própria lei elaborada exclusivamente pelo Poder Legislativo, dentro de sua competência,²³⁶ sem participação normativa do Poder Executivo e do Poder Judiciário, salvo

²³⁵ CF, 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: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²³⁶ “A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar crime determinada conduta, caso exista previsão legal. O mesmo se pode dizer para a existência da pena. O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo,

quando houver previsão constitucional que permita, excepcionalmente, a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais.²³⁷

O princípio da legalidade, elemento essencial de qualquer regra de direito, não regula o direito penal tão somente, pois deve se estender a todo sistema repressivo, como expressão de uma grande conquista democrática,²³⁸²³⁹ razão pela qual não se pode impor uma pena sem uma previsão legal específica,²⁴⁰ sob pena de causar insegurança.²⁴¹

É imperativo que o fato punitivo tenha fundamento em dispositivo abstratamente previsto na lei civil para ser passível de sanção, devido ao princípio da reserva legal,²⁴² pois não se justifica a aplicação da punição civil sem que haja previsão legal anterior ao fato descrito na legislação.

As garantias inerentes ao direito penal devem ser flexibilizadas em um sistema repressivo diverso do direito penal,²⁴³ com vistas a atender ao princípio da proporcionalidade, o qual, em sua perspectiva atinente à *adequação*, revela que as medidas adotadas devem ser aptas ao alcance dos fins a que se propõem, logo a conduta passível de punição civil deve ser estabelecida em lei da maneira mais adequada possível ao alcance da retribuição e desestímulo de potenciais ofensores e da sociedade em geral.

A punição civil não deve ser pautada com a extrema rigidez típica do direito penal no que diz respeito à tipicidade e à taxatividade como reflexo da flexibilização dos princípios e regras de direito penal ao serem aplicadas em um sistema repressivo de direito civil, isso

dentro de sua competência”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010.p. 81-82.)

²³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37-38.

²³⁸ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 292.

²³⁹ O princípio da legalidade “[...] implica a máxima precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens quando das suas decisões, motivo pelo qual se trata de um princípio de legitimação democrática das intervenções penais como garantia da liberdade dos cidadãos derivada do princípio da divisão de poderes”. (QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 80.)

²⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 863.

²⁴¹ Nucci esclarece que do princípio “nasce o direito humano fundamental de somente haver punição quando o Estado joga às claras, criando figuras delituosas antes de qualquer ato lesivo ocorrer, conferindo segurança a todos os membros da sociedade”. (NUCCI, op. cit. p. 82.)

²⁴² “Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. *Nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege*. Para a existência do dano, porém, basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o seu fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que, no juízo cível, se busca ressarcir é apenas a consequência patrimonial ou não-patrimonial, do delito e não o delito mesmo”. (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 573.)

²⁴³ A punição civil é inserida no contexto do direito penal de segunda velocidade, o qual admite a flexibilização dos princípios e regras penais aptas a serem tratadas por ramo diverso do direito penal. (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 193.)

porque “o Direito Civil é muito mais afeito à utilização de conceito jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, motivo pelo qual se admite grande mitigação de sua submissão à tipificação das condutas lesivas”,²⁴⁴ tal como houve a partir do estabelecimento de uma cláusula geral de responsabilidade em relação ao sistema de responsabilidade civil previsto nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

A flexibilização da tipicidade e taxatividade dispensa o legislador de elencar expressamente todas as situações específicas que serão censuráveis, de modo a permitir que a aplicação da penalidade ao caso concreto esteja sujeita ao livre-arbítrio da autoridade judiciária, desde que observadas as nuances do instituto da punição civil,²⁴⁵ sob pena de perda da maleabilidade própria ao *direito das condutas lesivas* em decorrência da adoção de tipos estritamente fechados,²⁴⁶ o que prejudicaria o desempenho de suas funções.

A punição civil não deve ser pautada pela tipicidade penal nem pela taxatividade como reflexo da impossibilidade técnica de prever especificamente todas as condutas lesivas derivadas da mentalidade criativa do homem,²⁴⁷ sob pena de perda de eficiência do instituto, logo o legislador não precisa elencar expressamente todas as situações específicas que serão censuráveis, de modo a permitir que a incidência da punição civil ao caso concreto esteja sujeita ao livre-arbítrio da autoridade judiciária, contanto que respeitadas as particularidades do instituto.

A legislação autorizativa da imputação da punição civil no direito brasileiro também, “como corolário da reserva legal, [...] deverá alcançar o atributo da determinação, ajustando tetos de penas civis, em uma lógica de razoabilidade e proporcionalidade aos comportamentos

²⁴⁴ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 164.

²⁴⁵ “O sistema penal representa antes de tudo um sistema de tipos criminais estritamente fechados, em atenção à tipicidade penal, do que se aproxima o sistema administrativo sancionatório, destoando ambos, por completo, do sistema de danos punitivos, que pode incidir, genericamente e não tipicamente, sobre quase todos os âmbitos das relações jurídicas entre os homens, desde que a conduta humana atenda aos requisitos já aludidos”. [CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Danos extrapatrimoniais e indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2012. 211f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.]

²⁴⁶ “Ao se adotar o arranjo hermético peculiar ao sistema criminal, de tipos estritamente fechados, perde-se a necessária maleabilidade própria ao ‘direito das condutas lesivas’, já que as práticas passíveis de punição civil são tão mutantes e variáveis que seria completamente inviável tentar confiná-las a um catálogo”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 308.)

²⁴⁷ “Deve ser lembrado que a multiplicidade e a complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas, que não seria possível enumerar previamente, com taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral, da obrigação de indenizar e ainda punir e/ou dissuadir”. (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. 130.)

que objetiva desestimular e, em caso de ilícito, retribuir por via da sanção”,²⁴⁸ em observância ao princípio da reserva legal.

As garantias constitucionais próprias do ilícito penal, portanto, devem ser asseguradas em favor do réu que cometeu um ilícito civil danosa de alta reprovabilidade social em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da culpabilidade, da razoabilidade e da proporcionalidade das penas a partir de sua flexibilização em um sistema repressivo de direito civil, para “edificar um método que propicie as necessárias salvaguardas aos réus diante da possibilidade de uma condenação híbrida”,²⁴⁹ pois “toda sanção punitiva de finalidade primária preventiva e repressiva confronta direitos fundamentais”.²⁵⁰

A pessoalidade da pena civil é objeto de acentuada discussão doutrinária, contudo a punição civil deve ser dotada de pessoalidade, o que é uma característica exclusiva das penas civis, uma vez que não é um atributo inerente a qualquer sanção civil punitiva, sob pena de violação do princípio da pessoalidade da pena previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal,²⁵¹ o qual dispõe no sentido de que a sanção imposta ao infrator é personalíssima, tal como ocorre na responsabilidade penal, de modo a somente alcançar o transgressor, visto que as consequências decorrentes da sanção imposta pela prática do delito não transcendem a pessoa do autor da conduta ilícita.

A intransferibilidade da pena decorre da sua pessoalidade face ao seu caráter punitivo-pedagógico, o que significa dizer que a punição civil é inseparável da pessoa que praticou o comportamento civilmente ilícito, logo não é passível de extrapolar o limite intransponível da duração da vida nem de sub-rogação ou de transferência para terceiros.

O óbito do autor do ato ilícito civil acarretará a extinção da pena no caso de execução de pena civil, pois “o herdeiro não poderá fazer frente a uma pena civil derivada de condenação do *de cuius*, mesmo após a morte do transgressor [...]. Em sentido contrário, a

²⁴⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

²⁴⁹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 96.

²⁵⁰ ROSENVALD, op. cit. p. 237.

²⁵¹ CF, 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: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

morte do ofensor não evita a passagem ao espólio de sua obrigação de reparar danos”,²⁵² consoante artigo 5º, XLV, da Constituição Federal e artigo 943 do Código Civil.²⁵³²⁵⁴

O contrato de seguro, também chamado de seguro-garantia, é um contrato pelo qual o segurado manifesta interesse legítimo em contratar com a seguradora, mediante o pagamento de prêmio, e esta última se obriga a oferecer como contraprestação à garantia desse interesse do segurado contra riscos pré-determinados, em relação à pessoa ou coisa, consoante artigo 757 do Código Civil,²⁵⁵ razão pela qual o contrato de seguro impacta geralmente na transferência dos direitos de reparação da vítima para a companhia seguradora por meio da sub-rogação.

A cobertura securitária da punição civil é objeto de acentuada discussão doutrinária,²⁵⁶ todavia a estipulação de um contrato de seguro para transferir a um segurador os custos de eventuais penas civis deve ser repudiada pelo direito brasileiro, sob pena de a cobertura securitária frustrar, ou ao menos desviar, o escopo precípua da medida quanto à punição (aflictiva) e ao desincentivo (preventiva),²⁵⁷ pois quem suportaria o efeito aflictivo

²⁵² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217.

²⁵³ CC, Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

²⁵⁴ “O direito à imposição da indenização punitiva se transfere a causa de morte para os herdeiros e sucessores da vítima juntamente com o direito ao recebimento de indenização punitiva, sempre que isso for possível (art. 943, do CC/2002). Já a obrigação de pagar a indenização punitiva é intransferível *causa mortis*, em razão do princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF/88)”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 367.]

²⁵⁵ CC, Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

²⁵⁶ “*In most situations, however, it would seem that such insurance would be desirable to both injurers and victims. Injurers can decide for themselves whether they are better off with or without the insurance, so prohibiting its sale would not be in their best interest. And, when punitive damages are awarded in addition to compensatory damages, victims are usually overcompensated. Thus, even if critics are correct and such insurance leads to an increase in injuries, victims who receive compensatory plus punitive damages may be better off than if they never suffered the accident at all. If both parties are better off as a result of insurance, it should not be prohibited. Of course, insurance companies may be unwilling to write such contracts, but there is no need for the state to prohibit them*”. (COOTER, Robert D. Economic analysis of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 86, 1982-1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpubs>>. Acesso em: 29 jul. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Na maioria das situações, no entanto, parece que esse seguro seria interessante tanto para os ofensores quanto para as vítimas. Os transgressores podem decidir por si mesmos se estarão em posição melhor com ou sem o seguro, portanto, a proibição não seria de seu interesse. E, quando a punição civil é concedida para além da indenização, as vítimas geralmente são supercompensadas. Assim, mesmo que os críticos estejam corretos e tal seguro gere um aumento de lesões, as vítimas que receberem indenização e punição civil podem estar em melhor situação do que se nunca tivessem sofrido o acidente. Se ambas as partes estão em melhor situação, como resultado de um seguro, isso não deve ser proibido. É claro que as seguradoras podem não ter interesse na contratação, mas não há necessidade de o Estado a proibir”.

²⁵⁷ “*Insurance coverage of punitive sanctions thwarts the sanctions' intended effect of encouraging negotiation and discouraging takings, since the defendant himself is not 'punished'*”. (HADDOCH, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. An ordinary economic rationale for extraordinary legal sanctions. *California Law Review*, Berkeley, v. 78, n. 1, p. 33, jan. 1990. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=californialawreview>>. Acesso em: 31 jul. 2018.) Em livre

financeiro seria a seguradora, e não o autor da conduta ilícita,²⁵⁸ o que geraria reflexos negativos na ordem pública,²⁵⁹ bem como a diluição das potencialidades preventivas da responsabilidade civil devido ao desrespeito a sua índole moral retributiva.²⁶⁰

A punição civil também não pode ser objeto de contrato de seguro, pois não traz em sua origem a involuntariedade da conduta que impera na raiz da cobertura securitária, eis que se justifica em razão da alta censurabilidade do comportamento ilícito perpetrado pelo ofensor, sob pena de violar a orientação contida no artigo 762 do Código Civil,²⁶¹ do qual se extrai que é nulo o contrato de seguro para garantia de risco derivado de ato doloso devido a ilicitude de seu objeto e a vedação legal, bem como no artigo 768 do Código Civil,²⁶² segundo o qual o agravamento intencional do risco objeto do contrato pelo segurado elide o direito à garantia securitária devido à proibição normativa, motivo pelo qual os atos ilícitos dolosos ou gravemente culposos, pressuposto básico para incidência da punição civil, não são asseguráveis.

A punição civil não é assegurável, tal como ocorre na maioria dos Estados norte-americanos,²⁶³ porque o valor atribuído a título de pena civil é dotado de imprevisibilidade, o que torna inviável o seu total contingenciamento, razão pela qual a privação à cobertura securitária, como regra geral, é condição da preservação da sua eficácia.

Os parâmetros de incidência comuns a qualquer pena civil e que são, portanto, imprescindíveis à atribuição da punição civil no direito brasileiro, são: a existência de um

tradução da autora, lê-se: “A cobertura securitária da punição civil frustra o efeito pretendido da medida quanto a encorajar negociações e desencorajar as trocas involuntárias, já que o acusado não é ‘punido’”.

²⁵⁸ “*Quest'ultima soluzione pare maggiormente conforme alla natura sanzionatoria delle pene private; se infatti scopo delle pene private à quello de infliggere una sanzione com finalità deterrenti, lo scopo risulterebbe per ciò stesso vanificato se il rischio venisse accollato all'assicuratore*”. (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 206.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A última solução parece estar mais de acordo com a natureza sancionatória da pena privada; se, na verdade, o objetivo da pena privada for impor uma sanção para fins dissuasivos, o objetivo seria, por esse motivo, anulado se o risco fosse assumido pela seguradora”.

²⁵⁹ “A transferência dessa particular obrigação a um terceiro pode, enfim, servir a um propósito negativo, fazendo com que o potencial ofensor deixe de se sentir estimulado a respeitar a Lei e a prevenir a ocorrência de prejuízos aos interesses alheios”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 155.]

²⁶⁰ “*D'autre part, ils n'ont de sens que s'ils ne peuvent pas être couverts par une assurance (afin de leur conserver leur rôle moral de rétribution)*”. [TOURNEAU, Philippe le. *Responsabilité (en général): répertoire de droit civil*. Paris: Dalloz, 2009.] Em livre tradução da autora, lê-se: “Por outro lado, eles só fazem sentido se não puderem ser cobertos pelo seguro (a fim de preservar seu papel moral retributivo)”.

²⁶¹ CC, Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

²⁶² CC, Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

²⁶³ A jurisprudência norte-americana tende a proibir a cobertura securitária dos *punitive damages*, sob o fundamento de que a permissão afastaria a efetividade punitiva e preventiva do instituto da punição civil. (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996. p. 393.)

ilícito contratual ou extracontratual e a imprescindibilidade de dano sob a ótica objetiva, além da alta reprovabilidade social da conduta numa perspectiva subjetiva.

A punição civil está associada à hipótese de restar configurada conduta ilícita fundada em uma relação contratual ou extracontratual, pois a prática de comportamentos ilícitos altamente reprováveis, com ou sem contrato, deve compelir o transgressor ao pagamento de pena civil caso haja previsão legal que autorize a sua imputação, a fim de punir o autor do ato ultrajante e desestimular a prática de condutas assemelhadas.²⁶⁴

O mero inadimplemento contratual normalmente não constitui justificativa plausível para aplicação da punição civil no âmbito da responsabilidade contratual, salvo se o inadimplemento contratual decorrer de um comportamento ilícito extremamente censurável, eis que a identificação da particularidade do elemento intencional da conduta ilícita justifica a repreensão por meio de pena pecuniária,²⁶⁵ cuja *ratio* tem embasamento normativo no §355 do *Restatement (Second) of Torts* norte-americano, formulado por juristas e promulgado pelo *American Law Institute* em 1979.²⁶⁶

A punição civil é um mecanismo repressivo que está associado à hipótese de restar configurado comportamento ilícito que envolva dano patrimonial ou extrapatrimonial, por ser este o elemento central da responsabilidade civil,²⁶⁷²⁶⁸ logo pressupõe o cometimento de ato

²⁶⁴ “Afinal, se o autor alegar e provar um ilícito que constitua causa de pedir independente para uma condenação em *punitive damages*, não há razão para exigir-lhe também um fundamento contratual ou vedar-lhe o direito pela circunstância de o ilícito ter ocorrido no âmbito do negócio jurídico”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva*: os *punitive damages* no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 319-320.)

²⁶⁵ “*If a reckless or deliberate breach of contract does more than disappoint the expectations of the other party, and if it constitutes a moral wrong or otherwise injures the public by offending community values, then the breaching party may deserve to be punished [...]*.” (CALLEROS, Charles. *Punitive damages, liquidated damages and clauses pñales in contract actions: a comparative analysis of the american common law and the french Civil Code*. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova York, v. 32, n. 1, p. 80, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1256&context=bjil>>. Acesso em: 29 mar. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Se um inadimplemento contratual imprudente ou deliberado fizer mais do que decepcionar as expectativas da outra parte, e se constituir um erro moral ou de outra forma prejudicar o público em geral, ofendendo os valores da comunidade, então a parte infratora pode merecer ser punida”.

²⁶⁶ “§355. *PUNITIVE DAMAGES*. *Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable*”. Em livre tradução da autora, lê-se: “§355. PUNIÇÃO CIVIL. A punição civil não pode ser exigida com base no inadimplemento contratual, a menos que a conduta que constitua a violação seja também um ato ilícito pelo qual a punição civil seja exigível”.

²⁶⁷ “A ilicitude somente exercerá uma função determinante se restar demonstrada a existência de um dano, sendo este o elemento central da responsabilidade civil”. (REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 220.)

²⁶⁸ Flávio Higa utiliza o artigo 186 do Código Civil como reforço argumentativo da escolha do legislador ordinário pela imprescindibilidade de dano para caracterização da ilicitude do ato: “Embora discreto, é bastante sintomático o aperfeiçoamento gramatical operado por ocasião da promulgação do Código Civil brasileiro de 2002, que, ao dar nova redação à cláusula geral da responsabilidade civil, trocou a conjunção alternativa ‘ou’, existente no diploma anterior, pela conjunção aditiva ‘e’, reforçando o sentido técnico de que o ato ilícito materializa-se no binômio ‘violação de direito’ e ‘causação de dano’”. (HIGA, op. cit. p. 329.)

ilícito civil que guarde relação com danos materiais ou morais, ou seja, que envolva a lesão a bens jurídicos materiais ou morais em que haja certeza do prejuízo perpetrado.²⁶⁹²⁷⁰

O dano patrimonial, também conhecido como dano material, é passível de aferição econômica, pois possui um valor economicamente apreciável, o que permite ao operador do direito dar o tratamento de forma mais clara à lesão patrimonial.

O dano patrimonial consiste no prejuízo economicamente apreciável que tem duas acepções distintas, quais sejam: danos emergentes e lucros cessantes, nos termos do artigo 402 do Código Civil.²⁷¹ Os danos emergentes correspondem ao efetivo prejuízo sofrido pelo ofendido em decorrência do evento lesivo, isto é, aquilo que a vítima efetivamente perdeu, ao passo que os lucros cessantes correspondem aquilo que o lesado razoavelmente deixou de ganhar, a ser quantificado segundo o critério da razoabilidade.

Alguns casos merecedores de tutela de direitos da coletividade no que atine aos direitos patrimoniais, à análise da gravidade do comportamento antijurídico em si, à constatação do dano efetivo e à fixação de punição civil, dizem respeito, por exemplo, à: 1) responsabilidade civil pelo fato ou vício do produto ou do serviço, como o perigo social presumido de perdas patrimoniais decorrentes: de indevida emissão de cheque em nome de correntista por parte de Instituição Bancária; de indevido débito de taxas e/ou tarifas bancárias; do bloqueio indevido no fornecimento de serviços de energia, água, telefonia, internet e TV a cabo de clientes adimplentes sob a alegação de que se estariam inadimplentes; dos frequentes erros nas faturas emitidas pelas empresas de telefonia, internet e TV a cabo; da comercialização de produtos sabidamente defeituosos; de práticas de *overbooking* na venda de passagens aéreas. 2) lucros cessantes. 3) danos emergentes, a exemplo do perigo social presumido de perdas patrimoniais sofridas pelas vítimas em decorrência: de acidente ambiental, nuclear, aéreo ou queda de aeronave; de aumento ilegalmente aplicado nas

²⁶⁹ “Se o dever originário não for violado não nasce o dever jurídico sucessivo, qual seja, a obrigação de reparar o dano. Nunca é demais lembrar que a simples quebra de um dever jurídico, em si, por mais relevante que seja, não acionará o dever sucessivo, na órbita cível, se não for provada a existência de um dano”. (KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 169.)

²⁷⁰ “*The majority of jurisdictions allowing punitive damages require actual or compensatory damages as a prerequisite to an award of punitive damages. However, the amount of actual or compensatory damages required is not specifically defined, and nominal actual damages will often suffice*”. (BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 22, n. 1, p. 2, 1987. Disponível em: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1806&context=lawreview>>. Acesso em: 20 dez. 2017.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A maioria das jurisdições (norte-americanas) exige alguma espécie de dano como pré-requisito para a concessão de punição civil. Contudo, como a importância exigida não é especificamente definida, a mera outorga de *actual damages* ou *nominal damages* pode ser suficiente”.

²⁷¹ CC, Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

prestações de um consórcio, nas mensalidades escolares e nas prestações de financiamento bancário; de uma publicidade enganosa e abusiva veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias, desde que hajam adquirido o produto objeto da propaganda. 4) perda de uma chance.

O dano extrapatrimonial, popularmente intitulado dano moral, decorre da lesão a direito da personalidade (artigos 11 a 21 do Código Civil), independentemente de não ter correspondência pecuniária direta por ser dano imaterial, e não está associado ao mero aborrecimento.

A lesão a direito da personalidade decorre da violação a atributos físicos, morais ou psíquicos do ser humano, os quais são direitos inerentes à pessoa humana. A lesão correspondente ao atributo físico envolve a violação a direitos relacionados à integridade física, vida, saúde e voz humana. A lesão correspondente ao atributo moral é aquela essencialmente ligada à violação de direitos associados à intimidade, privacidade, honra subjetiva (autoestima) e objetiva (reputação), nome, imagem enquanto retrato (fisionomia) ou atributo (repercussão social). A lesão correspondente ao atributo psíquico diz respeito à violação de direitos essencialmente ligados a sua tranquilidade, higidez mental, sossego, direito de estar só.²⁷²²⁷³

A punição civil não dispensa a constatação do prejuízo, uma vez que se aplica por força do dano, e não devido à gravidade do comportamento antijurídico em si, ou seja, pelo seu valor sintomático, razão pela qual a constatação do evento danoso e de suas consequências são imprescindíveis para incidência da punição civil, o que revela o caráter acessório da pena civil, já que não existe punição civil sem que haja dano a ser objeto de reparação.

O perigo social efetivamente causado por determinadas condutas ou atividades ilícitas possibilita ao magistrado a condenação do agente à punição civil, desde que reconheça a configuração de um dano patrimonial ou extrapatrimonial ou, ainda, de seus efeitos, ou seja, desde que arbitre indenização, pois não há responsabilidade civil sem dano,²⁷⁴ já que a responsabilidade civil exige o dano/prejuízo como elemento central da responsabilização,

²⁷² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 17.

²⁷³ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 559.

²⁷⁴ “O réu pode praticar a mais abjeta das condutas, porém, se ela não causar dano, sequer será abordada pela responsabilidade civil”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 419.)

razão pela qual a punição civil depende da existência de resultado lucrativo dos comportamentos do ofensor.²⁷⁵

A punição civil é medida extrema de repressão que pressupõe a alta reprovabilidade social do ato lesivo praticado pelo ofensor face ao caráter excepcional do instituto,²⁷⁶ de modo que somente pode ser aplicada caso haja comprovação de que o infrator tenha agido com dolo ou culpa grave (equiparada ao dolo),²⁷⁷ razão pela qual é imprescindível que haja constatação do elemento intencional da conduta ilícita do agente.²⁷⁸

O dolo no ilícito civil é aferido quando há intencionalidade no comportamento ilícito perpetrado por quem lhe deu causa, ou seja, quando há vontade direta do ofensor de causar o dano por meio de uma conduta antijurídica ou de uma fraude civil,²⁷⁹ bem como quando o infrator assume o risco substancial de produzi-lo ao se mostrar indiferente em relação às consequências danosas de seu ato das quais o transgressor tinha consciência.

²⁷⁵ “Even if there are very strong arguments for imposing a sanction on the defendant, these arguments alone cannot justify awarding the plaintiff an advantage when he has suffered no corresponding damage and has no unjust enrichment claim against the defendant”. (KOZIOL, Helmut. Punitive damages: a european perspective. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 68, n. 3, p. 752, 2008. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6240&context=lalrev>>. Acesso em: 31 mar. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Ainda que haja argumentos muito fortes para impor uma sanção ao réu, esses argumentos por si só não podem justificar a concessão de uma vantagem ao requerente, quando ele não sofreu nenhum dano correspondente e não tem nenhuma alegação de enriquecimento sem causa contra o réu”.

²⁷⁶ “Pelo contrário, até mesmo em atenção ao princípio da ultima ratio, deve-se restringir a incidência desse ramo do Direito, admitindo-se a penalização apenas das condutas mais reprováveis (o que exclui, de seu âmbito de atuação, a generalidade dos atos ilícitos cometidos no curso das atividades humanas)”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 165.]

²⁷⁷ “Punitive damages also give a victim a way to ‘get back’ at the person who wronged them. In America, punitive damages are not available in cases of simple negligence. They are available only if the defendant acted with malice or gross negligence”. (SEBOK, Anthony J. The difference punitive damages make. *CNN.com*, Atlanta, 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2001/LAW/06/columns/fl.sebok.punitive.damages.06.14/>>. Acesso em: 17 out. 2016.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A punição civil também é uma maneira da vítima se ‘voltar’ para a pessoa que lhe prejudicou. Na América, a punição civil não se aplica aos casos de negligência simples, sendo aplicáveis somente se o réu agiu com dolo ou culpa grave”.

²⁷⁸ “[...] quando essa transgressão for praticada por dolo ou culpa gravíssima, a fim de causar prejuízo a outrem, de modo a evidenciar a insuficiência, nesses casos, de somente restituir ou compensar a vítima afetada por tal comportamento, pois, toda a sociedade foi lesada, desrespeitada, atingida, concreta ou potencialmente”. (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.)

²⁷⁹ Parafraseando a ideia de Giovanna Visitini (*Cos’è la responsabilità civile*, 2009. p. 44-45), Nelson Rosenvald preceitua que, exemplificativamente, a fraude civil engloba “uma multiplicidade de estados subjetivos diversos da culpa como as hipóteses de dolo como vício do consentimento, podendo ainda equivaler simplesmente ao ato de fornecer falsas informações, a reticência (silêncio quanto a informações que interessam a outrem) e todo e qualquer estado subjetivo de má-fé, de várias intensidades”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 197.)

²⁸⁰ “Atualmente, o dolo é considerado simplesmente como uma graduação da culpa em sentido amplo. Diz-se que age com dolo aquele que procede voluntariamente contra a norma jurídica cuja violação acarreta o dano”. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. 8. ed. Lisboa: Almedina, 2010. p. 470.)

A culpa grave no ilícito civil resta evidenciada quando houver culpa social²⁸¹ daquele que, embora não quisesse produzir o resultado danoso, poderia evitá-lo por meio de uma conduta comissiva ou omissiva, caso não houvesse agido com negligência grosseira, “imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”.²⁸²

A conduta lesiva resultante de engano, culpa simples ou decorrente de ignorância não é suficiente para aplicação da punição civil, pois, embora imprópria, não se trata de comportamento altamente reprovável,²⁸³ pois, a princípio, a doutrina e a jurisprudência admitem ser necessário algo mais do que a mera negligência na prática de um ato ilícito para que a punição civil seja aplicada. Temeridade, malícia, má-fé, malignidade, intencionalidade, perversão, atitude moralmente culpável ou negligência grosseira, são alguns qualificativos que a jurisprudência utiliza para justificar a sanção.²⁸⁴

O agente poderá ser sancionado civilmente em decorrência da conduta intencional, maliciosa ou arbitrária por ele praticada em relação aos direitos e interesses do ofendido caso seja comprovado ser o ilícito civil doloso ou gravemente culposo, o que se dará por meio de uma pena civil de finalidade primária preventiva e inibitória de condutas demeritórias análogas, desde que observados os demais critérios necessários à sua incidência.

O viés punitivo da responsabilidade civil não é aplicável às situações nas quais o transgressor responda objetivamente pelos prejuízos causados ao ofendido tão somente,²⁸⁵ pelo simples fato de que, em regra, a responsabilidade civil objetiva exige apenas a comprovação da ocorrência do dano e do nexo causal em detrimento do dolo e da culpa,²⁸⁶

²⁸¹ Parafraseando a ideia de Gaston Fernandez Cruz (*Responsabilità civile e tutela dei diritti*, 2006. p. 426), Nelson Rosendal assevera que: “A noção de culpa foi progressivamente depurada dos elementos éticos individuais para se configurar em termos objetivos como desconformidade do comportamento do agente a respeito de parâmetros que manifestam em grau de tolerabilidade social do risco introduzido pela conduta do agente. Trata-se de medir a conduta desenvolvida pelo agente com parâmetros objetivos”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 197.)

²⁸² *Ibidem*. p. 200.

²⁸³ “Quando a lesão ao interesse protegido, dano-evento, vier causada por culpa simples, não é cabível a repressão do agente lesante com a sanção punitiva”. [ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva*. São Paulo: USP, 2003. 121f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 77.]

²⁸⁴ No original: “*En principio, doctrina y jurisprudencia admiten que es menester algo más que la mera negligencia en la comisión de un tort para que se apliquen estas puniciones. Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grossera, negligencia, son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción*”. (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996. p. 379.)

²⁸⁵ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da indenização punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

²⁸⁶ “Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa”. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.)

salvo se restar devidamente comprovado nos autos do processo judicial que o ofensor agiu com dolo ou culpa grave na produção do evento danoso,²⁸⁷ de modo a ser necessária a prova da culpa do agente para fins de incidência da punição civil,²⁸⁸ embora não o seja para fins reparatórios, assim como ocorre na maioria dos Estados norte-americanos consoante revelou uma pesquisa realizada no início da década de 1980,²⁸⁹ o que faz com que a responsabilização objetiva e a punição civil não sejam incompatíveis, apesar de aparentarem assim ser.²⁹⁰²⁹¹

A negligência e a responsabilidade civil objetiva, em regra, não se mostram suficientes para concessão da punição civil, eis que a primeira modalidade não se enquadra como um comportamento extremamente reprovável e a segunda modalidade, por sua própria natureza, exonera a parte autora do ônus de demonstrar a culpa da parte ré,²⁹² razão pela qual somente seria capaz de ensejar a punição civil do ofensor caso houvesse prova cabal do dolo

²⁸⁷ “Acredita-se, portanto, que a utilização eficiente da indenização punitiva não acarretará impactos negativos para o exercício da livre iniciativa, não servindo de desestímulo para o desempenho de atividades naturalmente arriscadas. Incidirá o instituto apenas para sancionar aquelas atividades cujos riscos houverem sido agravados de maneira intencional ou gravemente irresponsável”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 184.]

²⁸⁸ “[...] mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento”. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 270.)

²⁸⁹ “*This Note has shown that most courts allow punitive damage claims in strict product liability litigation. [...] The decisions of the courts that upheld punitive damage awards in strict products liability suits indicate that such awards are warranted whenever the plaintiff meets the state standard for punitive damage recovery*”. (RODDY, Nadine E. Punitive damages in strict products liability litigation. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 23, n. 2, p. 361, 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2269&context=wmlr>>. Acesso em: 16 jan. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Esta pesquisa demonstrou que a maioria das jurisdições permite a imputação da punição civil nos casos de responsabilidade objetiva por fato do produto. [...] Os tribunais se posicionavam favoravelmente à imposição de punição civil nos processos que envolviam a responsabilidade objetiva por fato do produto, o que indica que a punição civil é garantida sempre que o autor atende ao padrão de conduta exigido para tal fim”.

²⁹⁰ “*Strict liability and punitive damages will not mix. In strict liability the character of the defendants' acts is of no consequence; in the punitive damages claim the character of the act is paramount*”. (TOZER, Forrest L. Punitive damages and products liability. *Insurance Counsel Journal*, Birmingham, v. 39, n. 1, p. 301, 1972.) Em livre tradução da autora, lê-se: “A responsabilidade objetiva e a punição civil não se misturam. Na responsabilidade objetiva, a conduta do réu é irrelevante; na punição civil, a conduta do réu é fundamental”.

²⁹¹ “Apesar de possuírem estruturas, funções e pressupostos distintos, o sistema de responsabilidade objetiva não é inconciliável com os punitive damages. Ambos visam ao aperfeiçoamento das relações jurídicas, atuando em frentes diversas: a primeira garante a compensação integral das vítimas de danos e o segundo pune os atos mais reprováveis dos maus jogadores, a fim de que menos pessoas causem e sofram prejuízos”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 345.)

²⁹² “Deve-se ter cuidado com a invocação dos punitive damages, em face da incompatibilidade desse instituto com o nosso sistema jurídico, sendo a sua utilização, mesmo como simples argumento, particularmente inadequada nos casos de responsabilidade objetiva, pois, por sua própria natureza, não envolvem discussão de culpa, não se compatibilizando com a imposição de pena privada”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.)

ou culpa grave do ofensor, ainda que a responsabilização objetiva, como regra geral, a dispense para fins compensatórios.²⁹³

O estabelecimento de critérios para fixação do montante punitivo impacta na sua conformação à ordem jurídica brasileira, especialmente no que diz respeito ao critério da proporcionalidade, contudo não elimina a imprevisibilidade da punição civil, à medida que caberá ao magistrado a adequação da pena civil ao caso concreto.

A punição civil deve ser imprevisível, pois a imprevisibilidade do montante punitivo, elemento primordial da dissuasão, obsta condutas estratégicas de avaliação da conveniência e oportunidade do descumprimento vantajoso da lei, o que impede que o transgressor faça uma análise de custo-benefício ao confrontar os custos de precaução, os custos do litígio e a lucratividade do comportamento ilícito.²⁹⁴

O legislador não deve deixar a definição do valor da pena civil ao livre-arbítrio do julgador, razão pela qual deve fixar parâmetros mínimos para que a autoridade judiciária possa adequar a punição civil ao caso concreto de forma precisa e devidamente fundamentada, a fim de cumprir o seu papel de sancionar o agente que cometeu o ilícito civil e desestimular o ofensor e terceiros à prática de outros comportamentos antijurídicos, sem gerar, de outro lado, enriquecimento indevido em decorrência de excesso em sua aplicação e ofensa à segurança jurídica face à imprevisibilidade das condenações, a partir da racionalidade do processo decisório em termos de custo-benefício e da consequente redução do grau de subjetividade do magistrado no momento do arbitramento da punição civil.²⁹⁵

Os critérios determinantes para estipulação do montante a ser atribuído a título de punição civil como reflexo do critério da razoabilidade e da proporcionalidade²⁹⁶ são

²⁹³ “Enfim, nenhum Estado americano permite punitive damages em caso de simples negligência e, portanto, muito menos em casos de responsabilidade objetiva. Nessa última hipótese, ainda que se trate de situação enquadrada pela responsabilidade objetiva, somente poderá ser concedida uma indenização punitiva caso provado o dolo ou a culpa grave do agente. Ou seja, não será necessário provar a culpa do agente para fins de reparação, mas será necessário prová-la caso se busque a sanção”. (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58-59.)

²⁹⁴ “A incapacidade do agente prever o montante dos *punitive damages* que lhe será imposto, é a única forma de evitar que os agentes econômicos, orientados por critérios de racionalidade econômica, possam optar entre cumprir a lei ou adotar condutas ilícitas, pois escolherão esta última hipótese sempre que prevejam que os lucros oriundos da conduta ilícita produzir são superiores ao valor dos *punitive damages* a pagar ao lesado”. (LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 193.)

²⁹⁵ “A punição é um instituto totalmente diverso da reparação/compensação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, individuais ou coletivos, tornando necessário que a lei deixe uma boa margem de manobra para que se proceda à adequação da sanção ao caso concreto, sob pena de se permitir ao réu que continue a raciocinar em termos de custo-benefício, prevendo as despesas com eventuais punições”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 312.)

²⁹⁶ Os critérios da razoabilidade e o da proporcionalidade visam evitar a imputação de condenações excessivas e irrazoáveis no que se refere aos interesses legítimos que o escopo precípua da medida, consistente na punição e no desestímulo, objetiva realizar na espécie.

estranhos ao ressarcimento do prejuízo, pois se prestam à punição e ao desestímulo, quais sejam: a gravidade do comportamento antijurídico, a gradação de culpa do agente e a capacidade econômica do causador do ato ilícito,²⁹⁷²⁹⁸ cuja *ratio* tem embasamento normativo no §908 do *Restatement (Second) of Torts* norte-americano, formulado por juristas e promulgado pelo *American Law Institute* em 1979, o qual sugere que o julgador pode levar em consideração o grau reprovabilidade da conduta do réu, a natureza e extensão dos danos que os demandados causaram ou pretenderam causar ao demandante e a capacidade econômica do réu.²⁹⁹

A gravidade da ofensa se relaciona com a extensão da lesão, a qual é um fator relevante para a determinação do montante da punição civil,³⁰⁰³⁰¹ na medida em que a maior gravidade da ofensa decorre da maior relevância dos bens jurídicos afetados ou, ainda, da maior reprovabilidade social da conduta ilícita,³⁰² e resulta, por conseguinte, na maior necessidade de o sistema desencorajar atividades e comportamentos que possam lesar uma pluralidade potencial de ofendidos,³⁰³ sob pena de atribuir um papel exclusivamente moral ao Direito ao desvincular o grau de reprovação social da conduta da gravidade da ofensa.³⁰⁴

²⁹⁷ 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. 134.

²⁹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328-329.

²⁹⁹ No original: “§908. In assessing such [punitive] damages, the trier of fact can properly consider the character of defendant’s acts, the nature and extent of harm to the plaintiff which defendants caused or intended to cause, and the wealth of the defendant.”

³⁰⁰ “Em que pese o caráter axiomático da asserção de que os *punitive damages* não visam à recomposição do patrimônio do ofendido, mas sim à retribuição ao ofensor pela prática vergastada, o que permite lobrigar a proeminência do elemento subjetivo na composição da pena, algumas circunstâncias ligadas ao evento devem ser ponderadas a fim de se estabelecer a censura judicial”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 424.)

³⁰¹ “Assim, na fixação da indenização punitiva, a gravidade do dano é considerada somente como um dos elementos que compõem a medida da reprovabilidade do agente, ao contrário do que ocorre na indenização compensatória, em que a gravidade do dano constitui a medida em si da indenização”. (ANDRADE, op. cit. p. 255.)

³⁰² “Quer-se dizer, com tal afirmação, que tão mais reprovável será a conduta do ofensor quanto mais relevante forem os bens jurídicos por ela atingidos, ou, ainda, quanto mais graves forem tais prejuízos”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 324.]

³⁰³ “[...] quanto maior a gravidade do comportamento antijurídico, maior a reprovabilidade social e, via de consequência, maior a necessidade do sistema desestimular atividades e condutas que possam ofender uma pluralidade potencial de vítimas”. (ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 250.)

³⁰⁴ “[...] não é possível desvincular a reprovabilidade da conduta da gravidade da lesão. Sem essa conexão a responsabilidade civil estaria desempenhando um papel que é próprio da moral, não do Direito. Aquela (a moral) preocupa-se com as boas ou más intenções do homem, este (o Direito), sem considerar a motivação humana, ocupa-se das ações e das consequências por estas geradas”. (ANDRADE, op. cit. p. 254.)

A gradação da culpa do ofensor, que consiste simultaneamente em um critério subjetivo de aplicação da punição civil e um parâmetro para sua quantificação,³⁰⁵³⁰⁶³⁰⁷ diz respeito à apuração da gravidade da conduta deliberada do infrator e à comprovação do perfil subjetivo do comportamento ilícito do agente.

O grau de reprovabilidade da conduta do transgressor é de vital importância para a mensuração da pena civil, pois evidentemente que uma conduta dolosa tende a ser mais severamente punida do que um comportamento gravemente culposos de igual repercussão face ao fato da motivação ser mais reprovável, o que significa dizer que a gradação da culpa do ofensor está diretamente relacionada ao montante atribuído a título de punição civil, pois a maior reprovabilidade social da conduta ilícita deve implicar na maior severidade da punição civil imposta ao ofensor.³⁰⁸

A capacidade econômica do autor do comportamento ilícito³⁰⁹ importa para adequação do montante da pena civil, já que as penas demasiadamente brandas não desestimulam nem dissuadem nem previnem o cometimento de atos ilícitos, especialmente caso o infrator seja pessoa jurídica com amplos recursos econômicos³¹⁰ e faça uma análise de custo-benefício na qual pondere sobre o engajamento ou não em determinada atividade,

³⁰⁵ “[...] la gravedad del reproche determina no sólo la procedencia de la pena, sino también la gradación de su cuantía”. (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996. p. 380.) Em livre tradução da autora, lê-se: “[...] a gradação da culpa determina não apenas a procedência da pena, mas também a sua dosimetria”.

³⁰⁶ “A gravidade da conduta constitui não apenas um vetor de imputação dos *punitive damages*, mas também um fator relevante para a sua quantificação, ou seja, alicerce um dos pressupostos de condenação e também de dosimetria da pena”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 418.)

³⁰⁷ Paráfrase de Nelson Rosenvald sobre a ideia de Paula Meira Lourenço (*A função punitiva da responsabilidade civil*, 2006. p. 252.): “Se a função da responsabilidade civil fosse meramente reintegrativa, sem se destinar a punir os atos contrários ao direito, o grau de culpa jamais teria qualquer relevância na determinação da reparação”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 198.)

³⁰⁸ “A lógica aqui obedecida é a de que a sanção deve ser tão severa quanto a ofensa perpetrada, de modo que, quanto mais grave for a ofensa (= quanto mais reprovável for o ato ilícito), maior será a condenação ao pagamento de *punitive damages*”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 66.]

³⁰⁹ A capacidade econômica do autor do comportamento ilícito é a principal circunstância a ser apreciada na dosimetria das penas em pecúnia na perspectiva do Direito Criminal, facultado ao órgão judicante triplicar a importância estabelecida caso entenda que a multa, em seu patamar máximo, é ineficaz diante da posição financeira do lesante, consoante previsto no artigo 60 do Código Penal, o qual dispõe: “CP, Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. §1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”. (BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.)

³¹⁰ “[...] a consideração acerca da riqueza do demandado, a despeito de irrelevante para a fixação dos compensatory damages, é importante para a quantificação dos *punitive damages*, uma vez que a quantia suficiente para apenar sensivelmente um homem comum pode ser indiferente para uma grande corporação”. (SERPA, op. cit. p. 68.)

motivo pelo qual a punição civil deve ser capaz de exercer um real constrangimento ao lesante para que atinja a sua finalidade punitivo-pedagógica, porém não deve ser aplicada em um patamar que o impossibilite de cumpri-la, logo deve se basear na sua riqueza.³¹¹

A capacidade econômica do ofensor não tem importância para fins dissuasivos sob o prisma da análise econômica do direito, pois as partes tomam decisões sobre precauções e escolha de atividade sobre o valor esperado de sua responsabilidade, o que independe de sua riqueza,³¹² logo a situação econômica do transgressor não se presta ao desestímulo em relação à tomada de decisões indesejadas, todavia constitui elemento essencial à efetividade da punição.³¹³

A situação econômica do ofendido não deve ser considerada como um dos critérios balizadores para valoração da punição civil, sob pena de incorrer em tratamento discriminatório, haja vista que conferiria valor maior aos interesses patrimoniais das vítimas de maior poder aquisitivo em detrimento de outras economicamente mais modestas, o que violaria o princípio constitucional da igualdade,³¹⁴ todavia as condições pessoais e sociais do

³¹¹ “Todavia, há que se perquirir a realidade do agente, seja pessoa física ou jurídica, de modo a repercutir o valor a ser pago a título de prestação pecuniária no patrimônio financeiro/ econômico do devedor, não para levá-lo à quebra, porém para fazê-lo evitar comportamentos semelhantes, bem como evitar que os demais concorrentes ou co-cidadãos tenham idêntica conduta”. (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. 138.)

³¹² “With regard to deterrence, however, damages usually should not depend on injurer's wealth. [...] The reason, in essence, is that if parties make decisions about precautions and choice of activity on the expected value of their liability - that is, if they act in a risk-neutral way - their decisions will not depend on their wealth, and thus there is no reason to link damages to wealth”. [POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 775. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.] Em livre tradução da autora, lê-se: “No que diz respeito à dissuasão, no entanto, a indenização geralmente não deve se basear na riqueza do lesante. [...] A razão, em essência, é que se as partes tomam decisões sobre precauções e escolha de atividade sobre o valor esperado de sua responsabilidade - isto é, se elas agem de maneira neutra em relação ao risco - suas decisões não dependerão de sua riqueza e, portanto, não há razão para ligar a indenização à riqueza”.

³¹³ “Courts routinely consider the total assets or wealth of the defendant when determining the level of punitive damages. This may be appropriate for retributive punishment of malicious acts, but it is typically inappropriate to deterrence of economically self-interested decisionmakers. [...] Whether or not a firm expects to enjoy an advantage from violating a legal standard typically has little or nothing to do with its total wealth or the value of its assets. To think otherwise is to commit the cardinal sin in economics: confusing marginal and total values”. (COOTER, Robert D. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 1176-1177, 1989. Disponível em: <https://works.bepress.com/robert_cooter/91/>. Acesso em: 20 mar. 2018.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Os tribunais costumam considerar o total de ativos ou riqueza do réu ao determinar o patamar da punição civil. Isso pode ser apropriado para a punição retributiva de atos maliciosos, mas normalmente é inadequado dissuadir tomadores de decisão economicamente interessados. [...] Se uma empresa espera ou não desfrutar de uma vantagem ao violar um padrão legal normalmente tem pouco ou nada a ver com sua riqueza total ou o valor de seus ativos. Pensar de outra forma é cometer o pecado capital da análise econômica do direito: confundir valores marginais e totais”.

³¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-256.

ofendido podem influenciar na mensuração da punição civil quando afetarem o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo transgressor.³¹⁵

Outros critérios igualmente relevantes para mensuração do montante punitivo como reflexo do critério da razoabilidade e da proporcionalidade são a reincidência do ofensor em atos ilícitos similares, a culpa concorrente da vítima, a culpa exclusiva da vítima e o valor do proveito econômico ilicitamente obtido pelo ofensor às expensas do lesado por meio da atividade danosa.

A reincidência,³¹⁶³¹⁷ aqui compreendida como reiteração, do lesante em atos ilícitos análogos pode resultar na potencialização da pena civil devido ao fato de não se tratar apenas de uma ação isolada, haja vista a constatação de uma atitude desafiadora do ofensor que continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, seja como meio de transferência de riscos a terceiros ou por mero desprezo às normas jurídicas vigentes, o que mostra que a dissuasão propiciada pela pena civil que lhe foi imposta anteriormente não alcançou o objetivo pretendido, e, por conseguinte, agrava a noção de insegurança e propaga danos que nem sempre são reclamados em Juízo, de modo a merecer especial reprimenda.

A majoração da punição civil é, portanto, medida que se impõe quando restar comprovado que o causador do dano agiu de modo deliberado e reiterado à prática de condutas ilícitas assemelhadas, a propósito de idênticas condutas terem motivado a imposição da minguadas indenizações em inúmeras ações individuais ou de multas administrativas em processos administrativos junto aos órgãos competentes, pois o transgressor somente repensaria tal prática caso a punição civil fosse fixada em um patamar que anule ou supere o benefício social marginal.

O comportamento do ofendido pode não ter influência significativa na probabilidade de ocorrência do evento danoso em determinadas situações, entretanto também pode interferir decisivamente na probabilidade de ocorrência do resultado lesivo em parte considerável dos casos, razão pela qual é importante levar em consideração a conduta da vítima para

³¹⁵ “A condição econômica do ofendido é um critério inaplicável para a quantificação da indenização punitiva. As condições pessoais e sociais da vítima, contudo, podem influenciar na quantificação da indenização punitiva quando afetarem o grau de reprovabilidade da conduta (se perpetrada, por ex., contra pessoas dotadas de menor capacidade de resistência, como as crianças ou idosos)”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 368.]

³¹⁶ Para o direito penal, reincidência “[...] é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010. p. 434.)

³¹⁷ A reincidência é uma agravante da pena prevista no artigo 61 do Código Penal, o qual dispõe: “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência”.

quantificação do montante punitivo, a fim de aferir se houve culpa concorrente ou culpa exclusiva do lesado.

A culpa concorrente do ofendido, a qual se relaciona com a participação culposa da vítima na produção do evento danoso, embora a causa determinante seja do transgressor, implica na diminuição da responsabilidade do agente causador do dano e, por conseguinte, na redução da pena civil, por meio da determinação do nível de culpa de cada agente no resultado danoso, face ao fato de que a vítima concomitantemente com o ofensor colabora de alguma forma para a produção do resultado lesivo, razão pela qual o ônus do evento danoso deve ser repartido na proporção da contribuição de cada agente.

A culpa concorrente da vítima não é causa excludente de responsabilidade, pois esta exclui o nexo de causalidade, mas é causa mitigadora do valor atribuído a título de punição civil, razão pela qual há que se projetar a proporcionalidade da responsabilidade dos respectivos agentes envolvidos no evento lesivo para fins de atribuição do montante punitivo quando houver culpa concorrente do ofendido no resultado danoso.

A elaboração de um juízo de ponderação entre a culpa do ofensor e a culpa da vítima na ocorrência do resultado danoso pode conduzir à redução do montante punitivo, mas nunca majorá-lo, pois o transgressor, ainda que tenha agido dolosamente ou com culpa grave, não foi o único causador do resultado lesivo, motivo pelo qual não deve suportar a integralidade da responsabilização dela decorrente.

O decréscimo da punição civil é, portanto, medida que se impõe caso comprovado que a vítima contribuiu para a produção do resultado danoso, razão pela qual o ofensor deve ser responsabilizado tão somente na medida em que contribuiu para a ocorrência do dano.

A culpa exclusiva da vítima deve gerar a exclusão da pena civil, devido à inexistência de relação de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade civil, à medida que o ato que efetivamente produziu o resultado danoso é imputável à vítima, embora tenha havido um comportamento concorrente do agente que não contribuiu no evento lesivo.

A lucratividade da conduta lesiva, a qual se refere ao montante alusivo ao resultado lucrativo indevidamente auferido pelo ofensor a partir da prática de determinado ato ilícito, ou seja, ao ganho ilicitamente obtido a expensas do lesado por meio da atividade danosa, consiste em uma medida dissuasiva de extrema eficácia que justifica o incremento da punição civil para tornar a conduta ilícita desinteressante ao punir o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido obtido à custa das transgressões de contratos massificados que vitima inúmeros indivíduos impotentes/vulneráveis, especialmente consumidores e empregados, e,

com efeito, impedir o transgressor de obter proveito econômico de sua atitude inescrupulosa, ou seja, obstá-lo de lucrar com o ilícito cometido.

A majoração da punição civil é, portanto, medida que se impõe quando o causador da conduta ilícita atuar com a expectativa de que a utilidade da conduta danosa dotada de alta reprovabilidade social será superior à indenização a ser paga à vítima, pois o causador do dano somente repensaria tal prática caso a punição civil fosse fixada em um patamar que anulasse ou superasse o benefício social marginal.

A limitação da quantificação da punição civil diz mais respeito à opção de política legislativa do que à conformação à ordem jurídica brasileira, pois o legislador pode adotar alternativas distintas sem que isso represente ofensa aos institutos civis consagrados no direito brasileiro, uma vez que inexistem óbices constitucionais ou legais para que seja adotada uma ou outra solução.³¹⁸

A predeterminação dos limites de quantificação da punição civil assegura “o equilíbrio entre a aflição mínima ao agente e a dissuasão necessária à sociedade”,³¹⁹ à luz da proporcionalidade, à medida que a severidade do montante punitivo guarda relação com a gravidade da conduta perpetrada,³²⁰ de modo a diminuir o risco de imposição de penas civis excessivamente elevadas.

Há duas soluções para o controle legislativo da quantificação da punição civil, a fim de evitar o desvirtuamento do instituto, por isso “[...] dois são os sistemas preferencialmente utilizados, alternativa ou cumulativamente: (a) fixação de tetos de *punitive damages*; (b) estipulação de uma relação entre compensatórios e punitivos que não pode ser ultrapassada”.³²¹

A legislação que fixe a utilização dos dois sistemas, cumulativa ou alternativamente, se mostra, sob essa perspectiva, mais apropriada por guardar relação com a gravidade da conduta perpetrada, pois: 1) define os patamares máximos de penas civis, a fim de alcançar o

³¹⁸ “A adoção de sistema de controle prévio do montante da indenização punitiva (por meio da utilização de uma das soluções acima enumeradas), uma opção de política legislativa que em nada prejudicaria a constitucionalidade ou legalidade da indenização punitiva, parece depender da análise de dois argumentos conflitantes. De um lado, posicionam-se aqueles que defendem que a ausência de limites legislativos prévios para a quantificação da sanção punitiva criaria um desnecessário risco de que os julgadores viessem a impor condenações em valores exorbitantes, em desatenção ao princípio da proporcionalidade. De outro lado, situam-se aqueles que sustentam que a imprevisibilidade do valor final da condenação é um fator indispensável para que a indenização punitiva possa atingir suas finalidades últimas de desestímulo e prevenção, fator este que restaria comprometido caso fossem estabelecidos limites legais prévios à quantificação da indenização”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 336-337.]

³¹⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 245.

³²⁰ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995. p. 355.

³²¹ ROSENVALD, op. cit. p. 173.

atributo da determinação; e, 2) fixa uma relação de proporcionalidade entre a punição civil e a indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, em respeito à ponderação entre a tutela de bens coletivos e a esfera da liberdade econômica do particular (autonomia privada).

A estipulação legal de um teto máximo para a punição civil, bem como a associação entre a pena civil e a indenização, é, por outro lado, objeto de críticas em face do risco de comprometimento do escopo precípua do instituto, sob o argumento de possibilitar ao transgressor o cometimento intencional de condutas ilícitas se estas lhe parecerem economicamente vantajosas,³²² à medida que permite ao ofensor efetuar uma análise de custo-benefício a partir da elaboração de cálculos destinados a confrontar os custos de precaução, os custos do litígio e a lucratividade do comportamento ilícito para sopesá-los antes da tomada de decisão em relação à consecução de determinada conduta ilícita, além de que possibilita a internalização dos custos sociais dos acidentes a serem eventualmente suportados de modo a repassá-los a terceiros no custo final do produto ou serviço antes de sua introdução no mercado.

A indeterminação prévia da punição civil, sob essa ótica, obsta o transgressor de fazer prevalecer um raciocínio puramente econômico em prejuízo do cumprimento da lei, o que, por vezes, o faz desistir do cometimento do ato ilícito,³²³ de modo a atingir as finalidades do instituto quanto ao desestímulo e prevenção.

A destinação do produto da punição civil diz mais respeito à opção de política pública do que a sua conformação ao ordenamento jurídico pátrio, pois o legislador pode adotar alternativas distintas sem que isso represente ofensa aos institutos civis consagrados no direito brasileiro, uma vez que inexiste óbice constitucional ou legal para que seja adotada uma ou outra solução.³²⁴

Há três alternativas no tocante à disponibilização do montante atinente à punição civil, quais sejam: 1) a destinação integral à vítima; 2) a entrega, em sua totalidade, ao Estado

³²² A eficiência da punição civil para a consecução de sua finalidade preventiva é “tanto maior, quanto menos hipóteses o lesante tiver de saber, antecipadamente, qual a quantia que terá de pagar, para que não faça uma previsão com base no já referido raciocínio de base puramente econômica”. (LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 396.)

³²³ “A indeterminação prévia do montante da indenização punitiva empresta-lhe uma maior eficácia, nomeadamente tendo em vista sua finalidade preventiva, na medida em que a imposição de tal verba apresenta-se como um evento de conseqüências incertas para um potencial ofensor que, por não saber o quanto terá de pagar em caso de agir ilícitamente, resta impedido de fazer prevalecer um raciocínio puramente econômico, em prejuízo do cumprimento da lei, terminando por evitar, ainda que a contragosto, qualquer comportamento passível de punição”. (GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 99.)

³²⁴ “[...] por uma questão de política legislativa, a condenação imposta ao ofensor pode ser revertida integralmente à vítima, integralmente a um fundo público ou repartida entre a vítima e o fundo público”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 202.]

ou fundos específicos; e, 3) a repartição entre o autor da demanda e o Estado, órgãos públicos, entidades beneficentes de fins sociais ou fundos públicos específicos.

A disponibilização do produto integral da punição civil exclusivamente em benefício do autor da demanda se justifica em decorrência da pessoalidade da pena civil, bem como se apoia em uma questão de política legislativa.

A entrega da integralidade do montante apurado a título de punição civil para vítima se apoia na noção de pessoalidade da pena civil, sob o fundamento do beneficiário da punição civil ser o próprio ofendido, já que o autor da demanda quem teve o interesse jurídico violado devido à conduta ilícita altamente censurável do transgressor, logo nada mais razoável do que lhe conceder o montante punitivo.³²⁵

A destinação integral do produto da punição civil ao ofendido se ampara em uma questão de política pública para promoção de estímulos econômicos aos lesados para o ajuizamento de ações judiciais de natureza dissuasivo-afflitiva, o que é harmônico à finalidade do instituto da punição civil em decorrência do seu caráter preventivo-punitivo, eis que a vítima, na condição de parte autora, atua como defensora da sociedade em sua ação individual, “ao deduzir em juízo a pretensão de ver punido um ofensor que, na mesma medida em que lhe causou prejuízos, cometeu um ato ilícito que abalou o equilíbrio social, e que merece ser sancionado de maneira proporcional ao seu grau de reprovabilidade”,³²⁶ razão pela qual merece a recompensa financeira.³²⁷

A concessão integral do produto da punição civil em benefício da vítima é visto como empecilho nos países de tradição romano-germânica, sob o argumento de que resulta no enriquecimento ilícito da vítima, já que lhe proporciona um montante superior ao prejuízo por

³²⁵ Nesse prisma, Antônio Junqueira de Azevedo pontua que o valor “deve ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus a seu salário”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 217, 2004.)

³²⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 168.

³²⁷ “Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um *múnus* público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos ‘*punitive damages*’, denominam ‘*private attorney general*’. O autor, vítima, que move a ação age também como um ‘promotor público privado’ e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383.)

ela suportado,³²⁸ o que pode deturpar o objetivo primordial do instituto ao gerar uma espécie de justiça lotérica.

O enriquecimento sem causa consiste no deslocamento de um valor pecuniário de um patrimônio para outro, com o empobrecimento do primeiro e o enriquecimento do segundo, sem que isso seja justificado por uma operação jurídica (como doação) ou legal,³²⁹ logo “há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtêm vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior”.³³⁰

O instituto do enriquecimento sem causa do ofendido é inapropriado como justificativa para rejeição da outorga integral da punição civil ao ofendido porque o amparo em decisão judicial fundada na legislação em vigor é capaz de afastar qualquer alegação atinente à falta de causa em decorrência do devido processo legal.³³¹

Não existe obstáculo algum para que uma lei possa conceder punição civil nos casos de cometimento de ilícitos graves, nem para que os montantes delas decorrentes sejam destinadas aos próprios ofendidos. Poder-se-á, contudo, discutir a conveniência ou inconveniência de privilegiar tal critério, mas isso é uma questão distinta.³³²

A destinação do produto integral da punição civil exclusivamente em benefício do Estado ou fundos públicos ou privados visa atender a solidariedade social, a função social da pena civil e a justiça distributiva.

A disponibilização integral do montante apurado a título de punição civil ao Estado ou fundos públicos ou privados pretende promover a solidariedade social ao permitir que

³²⁸ “O quarto aspecto em desfavor dos danos punitivos é o fato de propiciar o enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que estaria recebendo um valor que extrapola o dano causado”. (JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. *Juris Síntese*, Joinville, n. 76, mar./abr. 2009. CD-ROM. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/438>>. Acesso em: 31 jul. 2018.)

³²⁹ No original: “*El enriquecimiento sem causa consiste em el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio al otro, com empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley*”. (ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2001. p. 61.)

³³⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 301.

³³¹ “Ora, a causa remota da condenação será o ato ilícito de alto grau de censurabilidade, e a causa próxima a decisão judicial oriunda de um devido processo legal, a mais lúdima de todas de um Estado Democrático de Direito. [...] Por esses fundamentos, o instituto do enriquecimento sem causa é inadequado como argumento de rejeição da outorga dos *punitive damages* à vítima”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 362-363.)

³³² No original: “*No existe obstáculo algum para que una ley pueda autorizar puniciones pecuniarias en casos de graves inconductas; ni para que dichos montoss se destinen a los propios damnificados. Podrá – a lo sumo – discutirse a la conveniencia o inconveniencia de propiciar tal criterior, pero ello representa una cuestión distinta*”. (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996. p. 385.)

elementos coletivistas e socializantes desempenhem um papel importante no âmbito da responsabilidade civil.

A destinação integral do produto da punição civil exclusivamente em benefício do Estado ou fundos públicos ou privados objetiva cumprir a função social da pena civil, pois serve como instrumento de reforço da imperatividade da ordem jurídica violada e, por derradeiro, reforça a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma infringida, assim como serve como ferramenta de prevenção de danos mediante o combate à lucratividade ilícita do transgressor.

A disponibilização integral do montante apurado a título de punição civil ao Estado ou fundos públicos ou privados é vista como um mecanismo de alcance da justiça distributiva, a qual consiste na adequada e justa distribuição dos bens existentes a fim de garantir igualdade de oportunidades, pois retira o lucro ilicitamente obtido pelo transgressor e o reparte à coletividade, o que é visto como garantia de que o produto da condenação será, ao menos em tese, fielmente aplicado em benefício da coletividade, a fim de proteger o interesse jurídico afetado por meio da reconstituição dos bens lesados,³³³ de maneira que o beneficiário da punição civil é o erário ou fundos públicos ou privados específicos, e não o próprio ofendido.³³⁴

A repartição do montante apurado a título de punição civil entre o autor da demanda e o Estado, órgãos públicos, entidades beneficentes de fins sociais ou fundos públicos específicos,³³⁵ ainda que não sejam em parcelas igualitárias, à medida que isso também é uma questão de política legislativa, recompensa financeiramente as vítimas como mecanismo de incentivo à defesa dos interesses da coletividade quando atua judicialmente na defesa de seus

³³³ Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima defendem a necessidade “de uma reformulação legislativa no sentido de que se criasse um fundo público, nos moldes do fundo de direitos difusos previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85, determinador de que havendo condenação em dinheiro a indenização pelo dano causado reverta a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais nos quais participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Entendemos que essa seria uma medida legislativa salutar, tendo em vista a possibilidade de que os valores arrecadados fossem destinados à reparação da lesão à coletividade”. (FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor*, 5 jul. 2016. Disponível em: <<http://robertofreitas.adv.br/artigos/titulo-do-artigo-indenizacao-por-dano-extrapatrimonial-com-funcao-punitiva-no-direito-do-consumidor/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.)

³³⁴ “[...] *whereas a case can be made for mulcting the bad defendant of the profits he has made from his tortious behaviour, there is no reason why this extra sum should then be given to the claimant, enriching him by a corresponding amount. (Had the punishment been a fine the money would have gone to the state)*”. (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and deakin’s tort law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 950.) Em livre tradução da autora: “[...] ainda que se possa admitir uma condenação que retire do demandado todo o lucro que ele tenha obtido por meio de sua conduta ilícita, não existe razão para que esta quantia extra deva ser entregue ao demandante, enriquecendo-o nesta exata medida (tivesse a punição decorrido de uma multa, a quantia teria sido endereçada ao Estado)”.

³³⁵ A legislação civil portuguesa, em seu art. 829-A, n. 3, prevê que: “O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado”.

interesses particulares, ao mesmo tempo em que serve para reestabelecer o equilíbrio social abalado pelo ilícito por meio da reconstituição dos bens jurídicos lesados em benefício da sociedade.³³⁶

O repasse parcial, tal como a entrega integral, da importância concernente à punição civil ao lesado é visto como empecilho nos países de tradição romano-germânica, sob o argumento de que gera enriquecimento ilícito do lesado,³³⁷ razão pela qual o lesado não seria o beneficiário apropriado para o recebimento da prestação pecuniária de natureza dissuasivo-aflitiva, especialmente caso a motivação da incidência da pena civil esteja ligada à violação de direito transindividual, eis que a pena civil é imposta devido à alta censurabilidade da conduta do lesante e não integra o dano,³³⁸ além de que o direito transindividual tutela interesse da coletividade e, por isso, o resultado financeiro proveniente de lesão a interesse coletivo merece ser destinado à proteção do bem jurídico coletivo que foi atingido como forma de viabilizar a condenação.

O instituto do enriquecimento sem causa do ofendido é inadequado para objeção à outorga parcial da punição civil ao lesado porque o amparo em decisão judicial fundada na lei vigente é capaz de afastar qualquer alegação atinente à falta de causa em decorrência do devido processo legal, razão pela qual não existe entrave algum para que o montante punitivo seja destinado parcialmente às próprias vítimas, embora se possa discutir a conveniência ou inconveniência de privilegiar tal critério.

A solução mais adequada seria a criação de fundos públicos específicos ou entidades públicas ou privadas em prol dos quais fossem revertidos os produtos de punições civis para

³³⁶ Nesse diapasão, Nelson Rosenthal esclarece que “a possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/ órgãos públicos/ entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas [...]. Porém, a proporção do que se pode destinar a cada um dos centros de interesse oscilará conforme a qualidade da lide revele se tratar de interesses imediatamente (patrimoniais) ou mediamente difusos (extrapatrimoniais). Acreditamos que quando constatada a natureza imediatamente difusa de danos em ações individuais, 75% do valor deva ser destinado a Fundos especificamente destinados à proteção de interesses difusos e 25% ao particular”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 226-227.)

³³⁷ “[...] destinar uma parte do valor aos cofres públicos não tem o condão de elidir a suposta ilicitude do enriquecimento, na medida em que, se a punição pecuniária for considerada ilegítima, qualquer importância atribuída à vítima que transcenda o prejuízo aumenta indevidamente o seu patrimônio”. (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitivos damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 381.)

³³⁸ “A vítima não seria a beneficiária adequada para o recebimento da condenação em pecúnia quando dotada de caráter punitivo [...], (já que) a pena civil não faz parte do dano, pois decorre de um comportamento altamente reprovável do ofensor”. (BIAZI, Danielle Portugal de. Indenizações punitivas no sistema brasileiro. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Curitiba, ano I, v. I, p. 681-702, 2015. Disponível em: <<http://editorialjurua.com/revistaconsinter/revistas/ano-i-volume-i/parte-3-direito-privado/indenizacoes-punitivas-no-sistema-brasileiro>>. Acesso em: 23 dez. 2016.)

reconstituição dos bens jurídicos lesados em favor da sociedade,³³⁹ consoante já ocorre nas condenações em sede de ações civis públicas,³⁴⁰ a fim de afastar qualquer crítica relativa ao enriquecimento sem causa ou locupletamento ilícito do ofendido, já que a finalidade dissuasiva e sancionatória do instituto restariam preservadas, e a gestão pública do fundo e a destinação dos recursos possuiriam finalidade coletiva diretamente relacionada aos interesses jurídicos tutelados.³⁴¹

A concessão do produto da punição civil de modo integral ou parcial ao ofendido enseja a tributação do montante punitivo que lhe restar atribuído, assim como ocorre nos Estados norte-americanos,³⁴² pois a punição civil gera um acréscimo ao patrimônio do ofendido e, de acordo com o artigo 43, I e II, do Código Tributário Nacional,³⁴³ os proventos de qualquer natureza que impliquem em acréscimo patrimonial são fatos geradores de imposto de renda, diversamente do que ocorre com a indenização.

A indenização não gera aumento de riqueza, pois tão somente recompõe o patrimônio do lesado face à antijuridicidade perpetrada e ao dano causado a partir da violação de um parâmetro jurídico de cuidado e, por isso, não há fato gerador de tributo porquanto inexistente o acréscimo patrimonial exigido pela legislação tributária nacional, logo não há

³³⁹ “O valor a mais da indenização, a ser pago ‘punitivamente’ não poderá ter como destinatário a vítima, mas, coerentemente com o nosso sistema, deverá servir a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 77, abr./jun. 2004.)

³⁴⁰ “Isso já ocorre nas condenações em sede de ações civis públicas por ilícitos contra o meio ambiente, contra o consumidor, a criança e o adolescente, entre outros, (...) ou, ainda, antes do ajuizamento dessas demandas, quando os valores a serem pagos pelo investigado pela prática dos referidos danos são destinados a instituições que visam a proteger ou promover o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico que foi atingido”. (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. 85.)

³⁴¹ MORAES, op. cit. p. 77.

³⁴² “26 USC §104. *Compensation for injuries or sickness. a) Except in the case of amounts attributable to (and not in excess of) deductions allowed under section 213 (relating to medical, etc, expenses), for any prior taxable year, gross income does not include: (2) the amount of any damages (other than punitive damages) received (whether by suit or agreement and whether as lump sums or as periodic payments) on account of personal physical injuries or physical sickness*”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/104>>. Acesso em: 11 jul. 2016.) Em livre tradução da autora, lê-se: “Compensação por lesões ou doença. a) Exceto no caso de quantias atribuíveis (e não além) a deduções permitidas de acordo com a seção 213 (relativas a despesas médicas, etc.), para qualquer ano tributável anterior, a receita bruta não inclui: (2) o montante de quaisquer danos (que não seja punição civil) recebido (seja por processo ou acordo e por montantes fixos ou pagamentos periódicos) por motivo de lesões corporais ou de doença física”.

³⁴³ CTN, Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.)

incidência de imposto de renda sobre o montante auferido pela vítima a título de indenização, consoante entendimentos exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁴⁴³⁴⁵³⁴⁶

A punição civil pode resultar de ações civis individuais ou coletivas,³⁴⁷ razão pela qual a legitimação ativa para pleitear punição civil, cumulada com o pleito de indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, é somente da vítima, todavia, à medida que a punição civil tutela especialmente direitos transindividuais, os órgãos elencados no *caput* do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁸ ou do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública³⁴⁹ são os legitimados para promoção da tutela coletiva, os quais representam as vítimas em regime de substituição processual, consoante artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor.³⁵⁰ Trata-se de representação autônoma do processo coletivo.

³⁴⁴ “As **verbas indenizatórias** que apenas recompõem o patrimônio do indenizado, físico ou moral, **tornam infensas à incidência do imposto de renda**. Aplicação do brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*”. (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *REsp 410.347/SC (2002/0011630-5)*. Relator: Min. Luiz Fux. Diário da Justiça da União 17 fev. 2003.]

³⁴⁵ “A **indenização** por dano estritamente moral **não é fato gerador do Imposto de Renda**, pois limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. [...] A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, in *status quo ante*. A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro”. (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. *REsp 963.387/RS (2007/0146386-5)*. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe 05 mar. 2009.]

³⁴⁶ “[...] 1. **O fato gerador do imposto de renda** é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de **acréscimo patrimonial** (art. 43 do CTN). 2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de indenização por danos morais uma vez que **inexiste acréscimo patrimonial** [...]”. (grifo nosso) [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp 686.920/MS (2004/0144439-9)*. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgado em 06 out. 2009.]

³⁴⁷ “Impende reforçar que as prestações com função punitiva e dissuasória podem resultar de ações civis individuais ou coletivas, pois para o desiderato que a responsabilidade civil almeja é indiferente quem figura no polo ativo da demanda, importando, sim, o direito posto em causa e o seu reflexo na vida da comunidade local, regional, nacional ou até mesmo internacional”. (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. 134.)

³⁴⁸ CDC, Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

³⁴⁹ LACP, Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. [BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.]

³⁵⁰ CDC, Art. 91. Os legitimados de que trata o artigo 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

A legitimação passiva da demanda judicial na qual se pleiteia a concessão da punição civil é impreterivelmente do autor do ilícito civil, face à pessoalidade da pena civil, de modo a ser o ofensor o único legitimado para figurar no polo passivo da ação, isso porque o destinatário da sanção punitiva com finalidade preventiva decorrente de ato ilícito civil invariavelmente será o transgressor, seja esta pessoa física ou jurídica,³⁵¹³⁵² sem qualquer possibilidade de sub-rogação ou de transferência para terceiros.

A pessoalidade da pena civil implica no caráter personalíssimo da sanção civil imposta ao transgressor, tal como ocorre na responsabilidade penal, de modo a somente alcançar o ofensor, visto que as consequências decorrentes da sanção imposta pela prática do delito não transcendem a pessoa do autor da conduta ilícita.

A intransferibilidade da pena decorre da sua pessoalidade face ao seu caráter punitivo-pedagógico, o que significa dizer que a punição civil é inseparável da pessoa que praticou o comportamento civilmente ilícito, logo não é passível de extrapolar o limite intransponível da duração da vida nem de sub-rogação ou de transferência para terceiros.

O falecimento do transgressor acarretará a extinção da pena no caso de execução de pena civil, de maneira que o herdeiro não será responsabilizado pelo pagamento de punição civil após o óbito do ofensor, ao passo que a cobertura securitária da punição civil não deve ser admitida pelo direito brasileiro, pois não traz em sua origem a involuntariedade da conduta que impera na estipulação de um contrato de seguro, sob pena de a cobertura securitária frustrar, ou ao menos desviar, o escopo precípua da medida quanto à punição (aflictiva) e ao desincentivo (preventiva), pois quem suportaria o efeito aflictivo financeiro seria a companhia seguradora, e não o autor da conduta ilícita, o que geraria reflexos negativos na ordem pública.

A punição civil não poderá ser vindicada em face um civilmente inimputável (menor de 18 anos ou portador de necessidades especiais de natureza mental), excepcionalmente, pois um incapaz, seja por imaturidade ou por insanidade, não possui discernimento suficiente à

³⁵¹ A esse respeito, Nelson Rosenvald argumenta que, com vistas à regra da pessoalidade, a pessoa jurídica será sujeito passivo de sanção punitiva “nas hipóteses em que o ato praticado por quem quer seja insere-se no contexto de uma atividade de gestão da empresa”. (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 220.)

³⁵² Parafrazeando a ideia de Vitor Fernandes Gonçalves (*A punição na responsabilidade civil*, 2005. p. 65-66), Nelson Rosenvald esclarece que: “A pena civil direcionada à pessoa jurídica [...] resultará na responsabilidade vicariante [...]: o dolo do empregado e a culpa do empregador. Primeiro será investigada a intenção maliciosa dos diretores, representantes, gerentes e/ou funcionários da empresa; sucessivamente, afere-se se o ato ilícito foi praticado nos limites das funções para as quais tais agentes tenham sido empregados. A pessoa jurídica será penalizada por não ter efetuado uma cuidadosa escolha de seus empregados (culpa *in eligendo*) ou porque não exercitou em relação a estes empregados um suficiente controle, de modo a prevenir ilícitos vergonhosos (culpa *in vigilando*) [...]. Por certo, a pessoa jurídica condenada a uma pena civil pelo fato do seu empregado, contra ele exercitará o direito de regresso”. (Ibidem. p. 221-222.)

prática de ato ilícito doloso ou gravemente culposo, pressuposto subjetivo mínimo para se cogitar de uma sanção civil com escopo preventivo-punitivo.³⁵³

A existência de mais de um responsável pela prática de determinado comportamento ilícito lesivo importa na solidariedade passiva dos transgressores, conforme previsto no artigo 942, parágrafo único, do Código Civil,³⁵⁴ desde que haja agido com dolo ou culpa grave, de modo que todos os ofensores serão destinatários de uma única sanção civil punitiva, a ser repartida entre eles na medida da culpabilidade e da condição financeira de cada um deles.

A existência de mais de um responsável pelo cometimento de determinada conduta ilícita danosa não implica na solidariedade passiva dos infratores, caso apenas um dos coautores haja procedido de forma dolosa ou gravemente culposa, enquanto os demais tenham agido com imprudência, negligência ou imperícia, de maneira que a punição civil será dirigida tão somente aquele contraventor cujo comportamento ilícito foi doloso ou gravemente culposo, todavia, em sentido diverso, haverá extensão da garantia dos demais coautores quanto à indenização.

A aplicação de sanção penal e de sanção civil a uma mesma conduta ilícita não configura *bis in idem*, tal como ocorre caso haja a aplicação simultânea de sanção administrativa, pois possuem naturezas jurídicas distintas, de modo que a sanção penal tem natureza jurídica de pena, cuja consequência máxima é a aplicação de penas restritivas da liberdade ou, no mínimo, de penas restritivas de direitos do agente causador de um ilícito tipicamente penal, face à infração de uma norma de direito público que gera perturbação à ordem social, enquanto que a sanção civil tem natureza jurídica de punição a ser exigida pela vítima ao autor do ato ilícito civil, cuja consequência é a aplicação de pena pecuniária de natureza civil, devido à prática de uma conduta ilícita danosa dotada de acentuada censurabilidade social.

A aplicação concomitante de sanção penal e de sanção civil a uma mesma conduta ilícita também não configura *bis in idem*, pois “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”.³⁵⁵

A imposição de punições civis múltiplas em decorrência do cometimento de um único ato ilícito danoso, ou uma única atividade de risco lesiva, pelo mesmo ofensor que

³⁵³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217.

³⁵⁴ CC, Art. 942. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

³⁵⁵ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão – os punitivos damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86-87.

tenha violado interesses jurídicos de mais de uma vítima e lhes causado prejuízos distintos implica em *bis in idem* substancial, o que merece ser vedado pelo ordenamento jurídico, a fim de proibir a pluralidade de sanções pecuniárias de natureza civil pela mesma prática infrativa com semelhante finalidade preventiva ao permitir a incidência de uma única punição civil em relação ao um único ato ilícito danoso, ou uma única atividade de risco lesiva, ainda que autorize o órgão julgante a levar em consideração a real quantidade de vítimas atingidas pela conduta ilícita para quantificação do montante punitivo,³⁵⁶ sob pena de potencializar as chances de reduzir o malfeitor à insolvência (pessoa física) ou falência (pessoa jurídica).³⁵⁷

A conformação constitucional do instituto, preponderantemente no que diz respeito ao critério da proporcionalidade, constitui, portanto, a maior preocupação no tocante à punição civil,³⁵⁸ de modo a prevalecer, inclusive, a proibição ao *bis in idem* substancial, a fim de vedar a pluralidade de sanções pela mesma prática infrativa com semelhante finalidade preventiva.

A fixação de parâmetros legais, para além da criação da punição civil como categoria autônoma na legislação pátria, se revela, portanto, recomendável, para que o instituto da punição civil seja validamente enquadrada no ordenamento jurídico civil brasileiro, de modo a estabelecer os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil, consoante exposto no tópico 3.2, dado que o atendimento ao princípio da legalidade e a regulação dos desdobramentos do instituto da punição civil no âmbito jurídico oferecem uma base satisfatória para que haja a aplicação da pena civil no direito brasileiro, de modo a atender, quando houver compatibilidade, as expectativas de um mundo globalizado do ponto de vista econômico, social e jurídico.

³⁵⁶ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995. p. 373-374.

³⁵⁷ “Após a condenação ao pagamento da primeira indenização punitiva, as pretensões eventualmente deduzidas no futuro (frise-se: apenas no que concerne à condenação ao pagamento de indenização punitiva, nunca ao pagamento de indenização compensatória) deveriam ser julgadas improcedentes. Ao que nos parece, tal solução é a que assegura, de maneira mais satisfatória, a aplicação adequada da indenização punitiva, coibindo a imposição de condenações desproporcionais”. [SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 214.]

³⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 244.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil extracontratual é um mecanismo de ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, uma vez que a indenização é medida pela extensão do dano independentemente da intensidade da culpa em sentido amplo, o que significa dizer que a responsabilidade civil brasileira tem precipuamente finalidade compensatória e pressupõe um prejuízo como elemento central da responsabilização em qualquer das formas que assume (danos emergentes, lucros cessantes, danos morais, dano estético etc.).

A finalidade repatória da responsabilidade civil focaliza a figura da vítima e o prejuízo por ela suportado, à medida que a indenização é medida pela extensão dos danos sofridos pelo lesado, pois visa a recomposição do patrimônio do ofendido, face à antijuridicidade perpetrada e ao dano causado a partir da violação de um parâmetro jurídico de cuidado, de modo que atua de forma retrospectiva em uma perspectiva exclusivamente interindividual de resolução de conflitos e objetiva a contenção de danos, o que, com efeito, aumenta os incentivos para a tomada de precauções para que o dano não ocorra, razão pela qual a indenização gera precaução.

A responsabilidade civil extracontratual também pode servir como um mecanismo de punição de condutas ilícitas, para além da finalidade compensatória, pois a realocação dos custos sociais dos acidentes decorrentes da inobservância do nível eficiente de precaução por meio da responsabilização civil extracontratual do transgressor pela prática do ato ilícito danoso socialmente indesejado também pode penalizar comportamentos oportunistas que geram ineficiência ao fazer com que o agente causador do dano arque com os custos a que se deu causa e, por conseguinte, desestimular o ofensor e terceiros a incorrer em conduta danosa semelhante.

O caráter punitivo da responsabilidade civil brasileira só não surte efeitos práticos em termos financeiros, pois não pode refletir no montante indenizatório, haja vista que a legislação civil brasileira prescreve que a indenização é medida com base na extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, e a inexistência de previsão legal específica que autorize a punição civil no Brasil, de acordo com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, razão pela qual a limitação da responsabilização civil à dimensão do dano perpetrado se revela economicamente ineficiente em uma sociedade de produção e consumo em massa, à medida que não obsta a lucratividade ilicitamente obtida pelo ofensor, uma vez que nem todas as vítimas buscam a reparação dos prejuízos que lhe foram causados.

A finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil objetiva a penalização do infrator pelo seu comportamento antijurídico a partir da responsabilização civil, o que gera, de forma secundária, a prevenção de danos e o desestímulo à prática de novos ilícitos civis, logo a punição se destina à dissuasão.

A inadequação do direito da responsabilidade civil às necessidades de uma sociedade de produção e consumo em massa reforça a ideia de que o direito da responsabilidade civil necessita urgentemente do estabelecimento da punição civil para dissuadir e punir o autor de conduta ilícita intencional grave, ou seja, que se desvia substancialmente do dever geral de cuidado por estar eivada de má fé, coação, exagero, deliberação ou fraude, o que pode ser alcançado por meio da análise econômica do direito, a qual oferece diretrizes para o desenvolvimento deste instituto.

A perda de eficiência derivada dos erros de execução intencionalmente cometidos pelo ofensor com o objetivo de fomentar o lucro pode ser restaurada por meio da imputação da punição civil, para além da indenização, isso porque a ameaça de ser responsabilizado induz os potenciais infratores a incorporar as possíveis perdas de terceiros em sua decisão sobre o nível de cuidado a ser tomado e a frequência do engajamento na atividade.

A punição civil é uma modalidade controvertida de responsabilidade civil extracontratual e subjetiva que está associada à finalidade dissuasivo-aflitiva e focaliza a reprovabilidade social da conduta praticada pelo agente causador do dano, de modo a puni-lo para coibi-lo de reiterar a prática daquele comportamento ilícito e desincentivar terceiros ao cometimento de novas condutas antijurídicas semelhantes para conter a ocorrência desta atividade lesiva em larga escala.

A punição civil está associada à hipótese de restar configurado comportamento ilícito que envolva direito patrimonial ou extrapatrimonial no qual se apure a responsabilidade civil subjetiva do agente (culpa grave ou dolo), de modo a se traduzir na aplicação de pena civil em desfavor do autor do ato ilícito civil, para além da quantia equivalente à indenização baseada na mera extensão do prejuízo causado, logo atua com enfoque prospectivo em busca da contenção de comportamentos reprováveis e ofensivos à ordem social e a interesses públicos.

A punição civil, para além da indenização, visa a dissuasão adequada das condutas ilícitas intencionais graves, o que se alcança a partir da equivalência entre o custo esperado da punição e o ganho esperado do crime, haja vista que o retorno esperado do crime será anulado, e, com efeito, o número de ofensas tenderá a diminuir, pois as ofensas que continuarem a ocorrer são aquelas que produzem benefícios líquidos.

O ponto central justificador da criação da punição civil no direito brasileiro a partir de uma abordagem juseconômica é que as sanções devem ser infladas caso os ofensores possam escapar da responsabilidade para que a dissuasão socialmente eficiente seja alcançada, razão pela qual a punição civil deve ser elevada a um patamar que seja suficiente para anular o ganho esperado do crime, a fim de que o crime não compense, pois caso o transgressor identifique que a condenação total é inferior ao fruto do crime, tende a optar pela violação aos direitos de outrem face à lucratividade da conduta lesiva, já que o lucro ilicitamente obtido a partir da prática do ato ilícito é superior à condenação imposta ao agente causador do dano, o que faz com que o crime compense.

A indenização está diretamente relacionada à finalidade compensatória da responsabilidade civil e, por isso, se propõe à precaução, consoante abordado no tópico 2.1, assim como a punição persegue a finalidade punitiva e preventiva da responsabilidade civil, razão pela qual se destina à dissuasão, conforme explicitado no tópico 2.2, entretanto não há consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre as finalidades da responsabilidade civil extracontratual reconhecidas no direito brasileiro.

A literalidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais correlatos ao tema permite inferir que o ordenamento jurídico civil-constitucional em vigor não possui nenhum dispositivo legal que preveja a punição civil por um dano cometido e, em razão disso, autorize a atribuição de um montante punitivo para além da indenização, motivo pelo qual não admite a imputação de valores que excedam aqueles atinentes ao dano efetivamente sofrido, haja vista a imprescindibilidade de previsão legal prévia que estabeleça a punição civil, nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o que significa dizer que a única finalidade da responsabilidade civil extracontratual reconhecida no direito brasileiro é a compensatória.

O ordenamento jurídico pátrio possui hipóteses legais que possuem nítido caráter sancionador, como ocorre em outras matérias do direito privado (Direitos Obrigacionais, Direitos Reais, Direito das Sucessões), o que afasta qualquer alegação atinente à possibilidade de aplicação da punição civil sem prévia cominação legal, bem como qualquer negativa de admissão da punição civil no direito brasileiro sob o argumento dela ser de natureza penal.

A análise dos projetos de lei do Poder Legislativo Federal que tratam sobre indenização, punição ou adoção de elemento com caráter punitivo para fins de quantificação do montante indenizatório sugere que o legislador tem verificado a necessidade de ampliação das funções da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo-pedagógico, o que pretende alcançar por meio de autorização legislativa que ampare a incidência do viés punitivo da

responsabilidade civil e, por isso, há diversos projetos de lei em sentido assemelhado que objetivam, de uma forma ou de outra, autorizar expressamente a aplicação de punição destinada ao ofensor e retribuição destinada ao transgressor e a sociedade em geral.

A literalidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao tema, assim como a análise dos projetos de lei vetados, rejeitados, arquivados e em trâmite no Congresso Nacional, permitem inferir que a única objeção à incidência do viés punitivo da responsabilidade civil, decorre, portanto, da inexistência de autorização legislativa, uma vez que o legislador não descartou a possibilidade de imputação da punição civil em nenhum diploma legal, especialmente no ordenamento jurídico civil-constitucional, mas tão somente estabeleceu que a aplicação de qualquer penalidade está adstrita à previsão legal expressa e prévia à ocorrência do dano, além de que as diversas iniciativas legislativas sobre o tema não obstam à propositura de novos projetos de lei que tenham objetivo similar ou diverso em relação às finalidades da responsabilidade civil.

O viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil é, entretanto, usualmente concretizado mediante a contemplação do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais, na esfera judicial como reflexo da teoria dos poderes implícitos, portanto, de maneira atécnica, uma vez que a pretensão punitivo-dissuasória não pode extrair a sua legalidade da mera imposição judicial sem que haja qualquer lacuna legislativa que permita o exercício do poder de intérprete do magistrado, sob pena de driblar ilegitimamente as regras do Estado Democrático de Direito, já que a imposição da pena civil está adstrita à previsão legal expressa, mas a legislação brasileira não prevê a função punitiva da responsabilidade civil.

A inserção do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais resulta em uma espécie inusitada de indenização que ofende o devido processo legal constitucionalmente consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, pois impede que as partes obtenham uma tutela jurisdicional individual e socialmente adequada, à medida que não lhes é dado ciência do montante indenizatório e do montante punitivo da condenação de maneira isolada, mas tão somente em uma única rubrica financeira obscura, de modo que não lhes permite insurgirem contra o pronunciamento judicial no tocante à pena subliminarmente inserida na indenização.

Autoridades e especialistas da seara cível têm aprovado enunciados sobre as finalidades da responsabilidade civil nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, os quais servem de orientação para a

elaboração de decisões, peças processuais, estudos e publicações sobre a matéria, dentre os quais é importante mencionar o enunciado n. 379, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, e os enunciados n. 446 e 458, ambos aprovados na V Jornada de Direito Civil, os quais revelam que é nítida a opção da doutrina brasileira por castigar o transgressor em sede de reparação dos danos extrapatrimoniais e dos prejuízos na hipótese de responsabilidade civil objetiva.

A existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, bem como a inserção atécnica do caráter punitivo da responsabilidade civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais na esfera judicial e, ainda, a aprovação de enunciados que contêm a orientação no sentido de propor a adoção de critérios punitivos e pedagógicos dentro do instituto da responsabilidade civil objetiva ou da indenização por danos extrapatrimoniais, revelam, no entanto, o interesse de setores da sociedade civil organizada em sancionar o agente que cometeu o ilícito civil e desestimular o ofensor e terceiros à prática de outros comportamentos antijurídicos, o que está adstrita à previsão legal expressa e prévia à ocorrência do dano.

A sensação de impunidade civil em uma sociedade de produção e consumo em massa, derivada da existência de elevada quantidade de processos judiciais atinentes ao cometimento de atos ilícitos diversos por litigantes habituais e da constatação de que, em regra, o crime compensa aos malfeitores em face do potencial lucrativo das condutas ilícitas, uma vez que a probabilidade do ofensor ser responsabilizado pelos prejuízos causados a terceiros, em regra, está abaixo de 100% (cem por cento), e, por outro lado, a inexistência de norma civil-constitucional que preveja a punição civil e a existência de diversos projetos de lei a respeito da incidência do viés punitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo, resultam na defesa da refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos para atingir as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado, de modo a justificar a pertinência da imputação de punição civil ao transgressor, para além da indenização, desde que haja previsão legal específica que a autorize.

O artigo 944 do Código Civil, a princípio, prevê unicamente a função reparatória da responsabilidade civil, ainda que não haja consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre as finalidades da responsabilidade civil reconhecidas no direito brasileiro, porém o paradigma ressarcitório da responsabilidade civil se mostra insuficiente, ineficiente e inefetivo para atender as necessidades da sociedade brasileira do século XXI, face ao fato de que a indenização é medida exclusivamente com base na extensão do ilícito, de modo a deixar de

levar em consideração outros critérios igualmente relevantes, a exemplo do grau de culpa do agente, da reincidência do ofensor em atos ilícitos semelhantes e da capacidade econômica do autor do ilícito, os quais assinalam, claramente, a finalidade punitiva da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil por danos no direito brasileiro se encontra, portanto, ultrapassada em relação às necessidades da sociedade brasileira do século XXI fundada na produção e consumo em massa, face ao fato de que a indenização é medida exclusivamente com base na extensão do dano (art. 944 do Código Civil – função reparatória), razão pela qual merece reforma, a partir da refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo-pedagógico, bem como preventivo de danos, haja vista que a punição civil se torna uma necessidade na realidade brasileira.

A preocupação da responsabilidade civil no cenário brasileiro do século XXI não deve se limitar à reparação de dano consumado com foco exclusivo no ressarcimento integral do prejuízo experimentado pela vítima, pois deve, por outro lado, focar na figura do ofensor e na conduta por ele perpetrada para perseguir o escopo preventivo geral e especial quanto à punição do causador do dano e ao desincentivo do próprio agente e de toda a coletividade à prática de condutas ilícitas semelhantes.

A refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e preventivo de danos por meio da introdução de previsão legislativa específica que autorize a aplicação da punição civil no direito brasileiro assegura maior eficiência à tutela dos interesses jurídicos afetados pela prática de atos ilícitos danosos altamente reprováveis e indesejados, com vistas a atender as legítimas expectativas da sociedade em um mundo globalizado.

A insuficiência da função reparatória para atender as necessidades contemporâneas da sociedade brasileira e a refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés punitivo e de prevenção de danos demonstram que a aplicação do instituto da punição civil em hipóteses excepcionais parece aceitável, o que pode exercer papel fundamental no tocante especialmente à proteção de direitos extrapatrimoniais e metaindividuais e à prevenção de futuras condutas ilícitas ou danos análogos, na medida em que é capaz de desempenhar a finalidade punitiva e dissuasória, já que se traduz em uma pena pecuniária de natureza privada com finalidade primária preventiva geral e especial de ato ilícito grave, intencional, social e juridicamente reprovável relativo a direito patrimonial ou extrapatrimonial e fundado em uma relação contratual ou extracontratual.

O instituto da punição civil, no entanto, necessita de regulação legal no sentido de ser criado e de definir os parâmetros para sua aplicação aos casos concretos, a fim de fixar

elementos mínimos para que o magistrado possa arbitrar a punição civil de forma precisa e devidamente fundamentada e assegurar julgamentos imparciais, de modo a evitar, com isso, o enfraquecimento do instituto em decorrência de larga discricionariedade do magistrado, condenações exorbitantes, enriquecimento sem causa e insegurança jurídica.

O restabelecimento da imperatividade da ordem jurídica, a viabilização da pacificação social e da consequente função social da responsabilidade civil abarcada pelo senso de justiça são vantagens provenientes da admissão da punição civil no direito brasileiro, à medida que se propõe a punir o autor do ato ilícito pela prática de determinada conduta lesiva e, com efeito, a desincentivar o transgressor e terceiros ao cometimento de novos atos ilícitos e de novos danos de mesma natureza.

A redução do oportunismo, da indiferença e do desprezo dos potenciais ofensores em relação às potenciais vítimas de danos, especialmente os consumidores e os empregados, bem como a redução da cominação de *indenizações* em valores irrisórios e do ativismo judicial mediante a contemplação da pena civil dentro do capítulo da indenização por danos extrapatrimoniais, por danos morais coletivos ou por danos sociais, são outros prováveis benefícios do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil.

Outras vantagens do estabelecimento da punição civil na ordem jurídica brasileira dizem respeito ao alcance de resultados sociais desejáveis e de maior efetividade quanto à proteção de direitos da personalidade, direitos de propriedade, direitos metaindividuais e interesses individuais homogêneos, isso porque a punição civil pode servir como instrumento de otimização da efetividade e eficiência da tutela civil dos bens jurídicos afetados pela prática de atos ilícitos danosos altamente censuráveis e indesejados.

Os prováveis efeitos indesejáveis da imputação da punição civil podem ser extraídos da experiência norte-americana, quais sejam: a superproteção dos sujeitos lesados, a condenação a indenizações excessivas, a ponto de gerar enriquecimento sem causa e ferir a segurança jurídica; de modo a serem estes alguns dos argumentos aventados pela doutrina minoritária para defesa da não inserção da ideia dos *punitive damages* no direito brasileiro, todavia as inquietações acima externalizadas não se materializam em um sistema no qual a punição civil seja aplicada de maneira eficiente e adequada.

A refundamentação da responsabilidade civil pelo seu viés dissuasivo-aflitivo deve ser objetivada em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual demanda prévia cominação legal a respeito do estabelecimento da punição civil e, por isso, a medida mais adequada nos países civilistas, como o Brasil, é a criação da punição civil como categoria

autônoma, desvinculada do ilícito reparatório, por meio da edição de legislação específica, o que não dispensa um modelo de conformação constitucional.

O estabelecimento da punição civil na legislação civil brasileira se revela, portanto, pertinente e juridicamente viável para inserção do viés dissuasivo-aflitivo da responsabilidade civil no direito brasileiro, desde que haja previsão legislativa específica no sentido de criar a punição civil como categoria autônoma para punição da conduta reprovável do agente e desestímulo à prática de outros comportamentos antijurídicos, além de estabelecer os desdobramentos do instituto a partir da fixação dos parâmetros legais para aplicação da punição civil no direito brasileiro.

A legislação deve oferecer parâmetros para aplicação da pena civil e proporcionar subsídios para quantificação do montante punitivo, para além de autorizar a imputação da punição civil, na tentativa de evitar resultados indesejáveis oriundos da aplicação da penalidade ao caso concreto ao afastar o livre-arbítrio da autoridade judiciária, sob pena de conferir ao magistrado um poder geral punitivo, e, para tanto, deve regular sobre os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil.

Os critérios de aplicação comuns a qualquer pena civil e que são, portanto, indispensáveis à incidência da punição civil no direito brasileiro são a reserva legal, a pessoalidade e a intransferibilidade, razão pela qual a punição civil deve ser pautada pela reserva legal sob a ótica objetiva, ao passo que a pena civil deve ser pautada pela pessoalidade e intransferibilidade numa perspectiva subjetiva.

Os parâmetros de incidência comuns a qualquer pena civil e que são, portanto, imprescindíveis à atribuição da punição civil no direito brasileiro, são: a existência de um ilícito contratual ou extracontratual e a imprescindibilidade de dano sob a ótica objetiva, além da alta reprovabilidade social da conduta numa perspectiva subjetiva.

O legislador não deve deixar a definição do valor da pena civil ao livre-arbítrio do julgador, razão pela qual deve fixar parâmetros mínimos para que a autoridade judiciária possa adequar a punição civil ao caso concreto de forma precisa e devidamente fundamentada, a fim de cumprir o seu papel de sancionar o agente que cometeu o ilícito civil e desestimular o ofensor e terceiros à prática de outros comportamentos antijurídicos, sem gerar, de outro lado, enriquecimento indevido em decorrência de excesso em sua aplicação e ofensa à segurança jurídica face à imprevisibilidade das condenações, a partir da

racionalidade do processo decisório em termos de custo-benefício e da consequente redução do grau de subjetividade do magistrado no momento do arbitramento da punição civil.

Os critérios determinantes para estipulação do montante a ser atribuído a título de punição civil como reflexo do critério da razoabilidade e da proporcionalidade são estranhos ao ressarcimento do prejuízo, pois se prestam à punição e ao desestímulo, quais sejam: a gravidade do comportamento antijurídico, a gradação de culpa do agente e a capacidade econômica do causador do ato ilícito.

Outros critérios igualmente relevantes para mensuração do montante punitivo como reflexo do critério da razoabilidade e da proporcionalidade são a reincidência do ofensor em atos ilícitos similares, a culpa concorrente da vítima, a culpa exclusiva da vítima e o valor do proveito econômico ilicitamente obtido pelo ofensor às expensas do lesado por meio da atividade danosa.

A limitação da quantificação da punição civil diz mais respeito à opção de política legislativa do que à conformação à ordem jurídica brasileira, pois o legislador pode adotar alternativas distintas sem que isso represente ofensa aos institutos civis consagrados no direito brasileiro, uma vez que inexiste óbice constitucional ou legal para que seja adotada uma ou outra solução.

A legislação que fixe a utilização dos dois sistemas, cumulativa ou alternativamente, se mostra, sob essa perspectiva, mais apropriada por guardar relação com a gravidade da conduta perpetrada, pois: 1) define os patamares máximos de penas civis, a fim de alcançar o atributo da determinação; e, 2) fixa uma relação de proporcionalidade entre a punição civil e a indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, em respeito à ponderação entre a tutela de bens coletivos e a esfera da liberdade econômica do particular (autonomia privada).

A destinação do produto da punição civil diz mais respeito à opção de política pública do que a sua conformação ao ordenamento jurídico pátrio, pois o legislador pode adotar alternativas distintas sem que isso represente ofensa aos institutos civis consagrados no direito brasileiro, uma vez que inexiste óbice constitucional ou legal para que seja adotada uma ou outra solução.

Há três alternativas no tocante à disponibilização do montante atinente à punição civil, quais sejam: 1) a destinação integral à vítima; 2) a entrega, em sua totalidade, ao Estado ou fundos específicos; e, 3) a repartição entre o autor da demanda e o Estado, órgãos públicos, entidades beneficentes de fins sociais ou fundos públicos específicos.

A solução mais adequada seria a criação de fundos públicos específicos ou entidades públicas ou privadas em prol dos quais fossem revertidos os produtos de punições civis para

restituição dos bens jurídicos lesados em favor da sociedade, consoante já ocorre nas condenações em sede de ações civis públicas, a fim de afastar qualquer crítica relativa ao enriquecimento sem causa ou locupletamento ilícito do ofendido, já que a finalidade dissuasiva e sancionatória do instituto restariam preservadas, e a gestão pública do fundo e a destinação dos recursos possuiriam finalidade coletiva diretamente relacionada aos interesses jurídicos tutelados.

A punição civil pode resultar de ações civis individuais ou coletivas, razão pela qual a legitimação ativa para pleitear punição civil, cumulada com o pleito de indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, é somente da vítima, todavia, à medida que a punição civil tutela especialmente direitos transindividuais, os órgãos elencados no *caput* do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor ou do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública são os legitimados para promoção da tutela coletiva, os quais representam as vítimas em regime de substituição processual, consoante artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de representação autônoma do processo coletivo.

A legitimação passiva da demanda judicial na qual se pleiteia a concessão da punição civil é impreterivelmente do autor do ilícito civil, face à personalidade da pena civil, de modo a ser o ofensor o único legitimado para figurar no polo passivo da ação, isso porque o destinatário da sanção punitiva com finalidade preventiva decorrente de ato ilícito civil invariavelmente será o transgressor, seja esta pessoa física ou jurídica, sem qualquer possibilidade de sub-rogação ou de transferência para terceiros.

A aplicação de sanção penal e de sanção civil a uma mesma conduta ilícita não configura *bis in idem*, tal como ocorre caso haja a aplicação simultânea de sanção administrativa, pois possuem naturezas jurídicas distintas, mas também devido ao princípio da independência das instâncias.

A imposição de punições civis múltiplas em decorrência do cometimento de um único ato ilícito danoso, ou uma única atividade de risco lesiva, pelo mesmo ofensor que tenha violado interesses jurídicos de mais de uma vítima e lhes causado prejuízos distintos implica em *bis in idem* substancial, o que merece ser vedado pelo ordenamento jurídico, a fim de proibir a pluralidade de sanções pecuniárias de natureza civil pela mesma prática infrativa com semelhante finalidade preventiva ao permitir a incidência de uma única punição civil em relação ao um único ato ilícito danoso, ou uma única atividade de risco lesiva, ainda que autorize o órgão julgante a levar em consideração a real quantidade de vítimas atingidas pela conduta ilícita para quantificação do montante punitivo, sob pena de potencializar as chances de reduzir o malfeitor à insolvência (pessoa física) ou falência (pessoa jurídica).

A fixação de parâmetros legais, para além da criação da punição civil como categoria autônoma na legislação pátria, se revela, portanto, recomendável, para que o instituto da punição civil seja validamente enquadrada no ordenamento jurídico civil brasileiro, de modo a estabelecer os critérios de aplicação, os parâmetros de incidência, os critérios para fixação do montante punitivo, os limites de quantificação, a destinação do produto da condenação, a legitimação e os efeitos da pena civil, dado que o atendimento ao princípio da legalidade e a regulação dos desdobramentos do instituto da punição civil no âmbito jurídico oferecem uma base satisfatória para que haja a aplicação da pena civil no direito brasileiro, de modo a atender, quando houver compatibilidade, as expectativas de um mundo globalizado do ponto de vista econômico, social e jurídico.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2001.

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: Forense, 2006.

_____. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004.

_____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALBINOTTO NETO, Giacomio. A teoria econômica do crime. *Revista Leader*, Porto Alegre, v. 35, fev. 2003. Disponível em: <http://www.revistalider.com.br/leader/edicao_35/artigo_01.asp>. Acesso em: 14 fev. 2015.

BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 22, n. 1, p. 1-18, 1987. Disponível em: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1806&context=lawreview>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BENAZZO, Paolo. *Le pene civili nel diritto privato d'impresa*. Milano: Giuffrè, 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, p. 247-283, 2007.

BIAZI, Danielle Portugal de. Indenizações punitivas no sistema brasileiro. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Curitiba, ano I, v. I, p. 681-702, 2015. Disponível em: <<http://editorialjurua.com/revistaconsinter/revistas/ano-i-volume-i/parte-3-direito-privado/indenizacoes-punitivas-no-sistema-brasileiro>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BICHIBICHI, Jéssica; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Novos desafios da responsabilidade civil concernentes a danos irreversíveis. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 81-103, jan./jun. 2016. <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/203>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka; BUGARIN, Maurício Soares. Danos sociais e punitive damages: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na

responsabilidade civil. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 88-117, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6016/pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALLEROS, Charles. Punitive damages, liquidated damages and clauses pènales in contract actions: a comparative analysis of the american common law and the french Civil Code. *Brooklyn Journal of International Law*, Nova York, v. 32, n. 1, p. 67-119, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1256&context=bjil>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COOTER, Robert D. Economic analysis of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 79-101, 1982-1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpubs>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

_____; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

_____. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 1143-1196, 1989. Disponível em: <https://works.bepress.com/robert_cooter/91/>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Punitive damages, social norms, and economic analysis. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 60, n. 3, p. 73-91, 1997. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=lcp>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. 8. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Danos extrapatrimoniais e indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2012. 211f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and deakin's tort law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Markesinis and deakin's tort law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2011.

FRATA, Laura. *Funzioni della responsabilità civile e danni "ultracompensativi"*. Milano: Università Degli Studi di Milano, 2011. 335f. Tesi (Doutorado di Ricerca) – Università Degli Studi di Milano, Milano, 2011.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor*, 5 jul. 2016. Disponível em: <<http://roberto Freitas.adv.br/artigos/titulo-do-artigo-indenizacao-por-dano-extrapatrimonial-com-funcao-punitiva-no-direito-do-consumidor/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GARNER, B.A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. Saint Paul: West Group, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Coimbra, 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

HADDOCH, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. An ordinary economic rationale for extraordinary legal sanctions. *California Law Review*, Berkeley, v. 78, n. 1, p. 1-51, jan. 1990. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=californialawreview>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. *Juris Síntese*, Joinville, n. 76, mar./abr. 2009. CD-ROM. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/438>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KOZIOL, Helmut. Punitive damages: a european perspective. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 68, n. 3, p. 741-764, 2008. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6240&context=lalrev>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisaion*. 6.ed. Paris: Dalloz, 2009.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. A indenização punitiva e os critérios para a sua determinação. *Colóquio 'responsabilidade civil – novas perspectivas'*, Lisboa, n. 20, p. 1-31, mar. 2008. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2016.

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única: implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único, do Código Civil. *Revista LTr*, São Paulo, ano 77, v. 3, n. 15, p. 270-285, mar. 2013. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25403322_indenizacao_arbitrada_em_parcela_unica_implicacoes_materiais_e_processuais_do_art_950_paragrafo_unico_do_codigo_civil.aspx>. Acesso em: 31 mai. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, ano IX, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 133-176.

MIRANDA, Jorge Di Ciero. Punitive damages: rediscutindo elementos e critérios da indenização. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 12, p. 211-224, 2014. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/37/35>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OWEN, David G. Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 74, p. 1257-1371, 1976. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub>. Acesso em: 20 dez. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTEL, Ruy Mendes. O litigante habitual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 88-94, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_88.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). *Encyclopedia of law & economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 764-781. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawand economics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

PROSSER, W.; WADE, J.; SCHWARTZ, V. *Torts, cases and materials*. 7. ed. New York: Foundation Press, 1982.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito, 2009.

RHEE, Robert J. A financial economic theory of punitive damages. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 111, n. 1, p. 33-88, oct. 2012. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=mlr>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

RODDY, Nadine E. Punitive damages in strict products liability litigation. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 23, n. 2, p. 333-361, 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2269&context=wmlr>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEBOK, Anthony J. The difference punitive damages make. *CNN.com*, Atlanta, 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2001/LAW/06/columns/fl.sebok.punitive.damages.06.14/>>. Acesso em: 17 out. 2016.

SENA, Adriana Goulart de Sena Orsini. Juízo Conciliatório Trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan/jun 2007. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73967/2007_sena_adriana_juizo_conciliatorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2016.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. São Paulo: USP, 2011. 386f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SHARKEY, Catherine M. Economic analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine. *New York University Law and Economics Working Papers*, Nova York, v. 289, p. 486-510, jan. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1990336>. Acesso em: 18 mai. 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUTO, Letícia Alves Ferreira. O dano moral e a teoria dos punitive damages. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v. 1, n. 15, p. 86-107, jul. 2014. Disponível em: <<http://jurisvox.unipam.edu.br/documents/48188/581895/O+dano+moral+e+a+teoria+dos++Punitive+Damages.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

SUSTEIN, Cass R. To punish or not. In: SUSTEIN, Cass R. et al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

TEIXEIRA, Erik Cardoso P. A aplicabilidade da indenização punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40436/a-aplicabilidade-da-indenizacao-punitiva-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURNEAU, Philippe le. *Responsabilité (en général)*: répertoire de droit civil. Paris: Dalloz, 2009.

T TOZER, Forrest L. Punitive damages and products liability. *Insurance Counsel Journal*, Birmingham, v. 39, n. 1, p. 300-304, 1972.

ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva*. São Paulo: USP, 2003. 121f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à punição e dissuasão – os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Coord.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vienna: Springer, 2009. p. 1-20. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/18508033.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.