



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

AMANDA MALEK DE MELLO

PUNITIVE DAMAGES: Uma análise acerca da viabilidade de transposição para o ordenamento jurídico brasileiro.

Brasília
2020

AMANDA MALEK DE MELLO

***PUNITIVE DAMAGES*: Uma análise acerca da viabilidade de transposição para o ordenamento jurídico brasileiro.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Me. Ricardo Victor Ferreira Bastos.

Brasília
2020

AMANDA MALEK DE MELLO

***PUNITIVE DAMAGES*: Uma análise acerca da viabilidade de transposição para o ordenamento jurídico brasileiro.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Prof. Me. Ricardo Victor Ferreira Bastos.

BRASÍLIA, ___ de _____ de 2020.

BANCA AVALIADORA

Professor Ricardo Victor Ferreira Bastos

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela proteção e por me permitir chegar aqui. Agradeço à minha mãe, Fernanda, meu alicerce e exemplo, por todo amor e possibilitar que esse sonho se tornasse realidade. Ao meu pai, Carlos, que sempre me incentivou. Uma enorme gratidão aos meus avós, Tadeu e Valdete, que me amam e me apoiam incondicionalmente. Agradeço à minha madrinha, Luana, e meu padrinho, Cesar, por acreditarem em mim. Agradecer ao meu namorado, Yago, pela paciência, incentivo e fazer com que a vida seja mais leve. À minha amiga, Juliana, por tornar a caminhada da graduação mais serena. E, finalmente, ao meu orientador, Ricardo, que aceitou me conduzir na elaboração desse trabalho com toda atenção e cuidado.

RESUMO

O propósito do presente trabalho consiste em verificar a viabilidade de transposição do instituto *punitive damage* para o ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade civil na legislação pátria visa primordialmente o ressarcimento do dano e a restituição do *status quo ante*. No entanto, não se mostra eficaz em dissuadir condutas danosas e manter a paz social, tendo em vista que, em suma, não leva em consideração o grau de reprovação do comportamento do ofensor. Por esse motivo, é necessário buscar novas soluções, como a indenização punitiva, a fim de proteger e atingir aos anseios de uma sociedade em constante evolução. Entretanto, este trabalho demonstrará os empecilhos, bem como as soluções jurídicas, para a concreta adoção do instituto, tais como: ausência de norma autorizadora, confronto com o princípio do *non bis in idem*, a incompatibilidade de punição e direito civil e vedação de enriquecimento sem causa; além disso, há uma possibilidade de fomentar ainda mais a “indústria” do dano moral.

Palavras-chave: Punitive damage. Indenização Punitiva. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PUNITIVE DAMAGES.....	9
1.1 Conceito	9
1.2 Origem e evolução histórica.....	10
1.3 Funções	16
1.4 Pressupostos de incidência	18
1.5 <i>Quantum</i> indenizatório	21
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
2.1 Conceito e noções gerais.....	23
2.2 Funções	24
2.3 Pressupostos de incidência	27
2.3.1 Dano	28
2.3.2 Nexo de causalidade	29
2.3.3 Culpa.....	30
3 TRANSPOSIÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	32
3.1 A necessidade de utilização da indenização punitiva	32
3.2 Objeções à indenização punitiva.....	34
3.2.1 Enriquecimento sem causa	35
3.2.2 Indústria do dano moral e da securitização	37
3.2.3 <i>Non Bis in idem</i>	41
3.2.4 Incompatibilidade entre punição e Direito Civil.....	42
3.2.5 Ausência de norma autorizadora	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

O código civil de 2002 ao dispor acerca da responsabilidade civil limitou que as indenizações devem ser restritas à extensão do dano, de modo que acaba por exercer uma função meramente reparatória. Mesmo que parte da doutrina e da jurisprudência entendam que os danos morais exercem função punitiva, no entanto, não possui uma eficácia plena por si só para este tipo de danos e para os demais.

Nesse sentido, a responsabilidade civil como é hoje não se mostra suficiente para proteger certos bens jurídicos em sua plenitude. O mesmo ocorreu em outras ordenações jurídicas, tais como a estadunidense e inglesa. Entretanto, esses ordenamentos encontraram uma solução jurídica: o instituto dos *punitive damages*, que se mostra eficaz ao objetivar a dissuasão de práticas ilícitas no âmbito civil, ao aplicar pena indenizatória para condutas mais gravosas.

Por esse motivo, o presente trabalho optou por esse tema ao realizar uma análise acerca da possibilidade de transposição desse instituto para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, verifica-se que não há um consenso entre a doutrina e a jurisprudência acerca dessa viabilidade, diante da ausência de norma autorizadora e conflitos com a vedação de enriquecimento ilícito e dupla punição, além de uma possibilidade de fomentar a indústria do dano moral, tal pesquisa mostra-se importante para identificar princípios que possibilitem a aplicação da indenização punitiva.

Para essa pesquisa foi adotada o método bibliográfico, onde foram consultadas doutrinas brasileiras e estrangeiras, jurisprudenciais, artigos científicos e dissertações que analisaram o instituto. Apesar de sua origem, a presente pesquisa optou por um estudo mais aprofundado sob a ótica do ordenamento estadunidense, tendo em vista que é o local onde o instituto tomou maior notoriedade e vasta aplicação.

Visando melhor compreensão, este trabalho monográfico foi dividido em três capítulos. No primeiro será evidenciado o conceito, origem, evolução histórica e jurisprudencial da teoria anglo-saxônica, bem como os requisitos para incidência do instituto e suas delimitações sob o ângulo dos ordenamentos internacionais. O

segundo capítulo abordará como é tratada a responsabilidade civil no Brasil, noções gerais, conceitos, pressupostos e suas limitações. Por fim, o terceiro capítulo evidenciará a necessidade real de transpor tal instituto para o ordenamento pátrio e as objeções trazidas pela doutrina e jurisprudência acerca do tema, bem como soluções para esses conflitos.

1 PUNITIVE DAMAGES

Para melhor compreensão, o presente capítulo versa acerca dos pontos considerados mais importantes sobre o instituto objeto deste trabalho monográfico. Será explicitado o conceito do *punitive damage*, sua evolução histórica e jurisprudencial, pressupostos, funções exercidas e a forma de mensurar o valor da indenização, de modo que, ao final, se torne viável analisar a possibilidade de implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Conceito

O *punitive damage* busca uma punição em uma ação civil pelos danos causados a alguém que será indenizado por meio de valor majorado além dos prejuízos reais. A convivência entre a indenização compensatória e a punitiva são harmoniosas, sem a necessidade de mitigar qualquer uma delas. (RESEDÁ, 2008, p. 226-227)

O *compensatory damages*, é o instituto mais próximo do ordenamento jurídico brasileiro, disposto no artigo 944 do Código Civil de 2002, ao determinar que os prejuízos devem ser arcados por valor suficiente para restituir a coisa ao *status quo ante*. Já os *punitive damages* representam uma espécie de sanção pecuniária que não tem como principal objetivo a função de compensação pelo dano, mas sim um desestímulo da conduta, sem prejuízo de eventual indenização compensatória. Cumpre-se ressaltar que os *punitive damages* devem recair sob as condutas mais reprováveis. (SERPA, 2011, p. 24-25)

Nesse sentido, conceitua David G. Owen, doutrinador norte-americano (1994, p. 364):

"PUNITIVE" or "exemplary" damages are money damages awarded to a plaintiff in a private civil action, in addition to and apart from compensatory damages, assessed against a defendant guilty of flagrantly violating the plaintiff's rights. The purposes of such damages are usually said to be to punish the defendant for outrageous misconduct and to deter the defendant and others from similarly misbehaving in the future.¹

¹ A indenização punitiva é concedida em uma ação civil, além do valor estipulado a título de compensação, imposta ao réu, em decorrência de uma conduta grave, que violou os direitos do autor da ação. O objetivo do instituto é punir o ofensor pela má conduta e prevenir que outros também pratiquem ato parecido no futuro. (tradução nossa).

Permita-se expor, para melhor entendimento, que sanção é “qualquer reação do ordenamento jurídico a uma violação da lei ou de uma disposição negocial, tutelando o interesse público a coexistência social, com objetividade e imparcialidade”. Contudo, sanção não é sinônimo de punição, pois a primeira visa a restituição da ordem outrora violada, e a segunda é apenas uma espécie daquela. (ROSENVALD, 2017, p. 53-54).

Marcelo Matos Amaro da Silveira (2017, p. 1508) explana:

os punitive damages são uma espécie de *damages* diferente daqueles que normalmente se verifica na *tort law*, já que não possuem função compensatória. Além disso, é uma figura excepcional e restrita a casos específicos, relacionados a determinadas condutas e atos ilícitos.

Tort é a responsabilidade extracontratual propriamente dita disposto na legislação pátria. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 19).

Conhecido também como *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, o *punitive damages*, possui uma ideia de indenização punitiva, embasa-se na imposição de uma indenização em um valor significativamente superior à extensão do dano, visando uma dupla finalidade de punição e prevenção. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 16). Em português do Brasil, o termo que mais vem sendo utilizado é “indenização punitiva”. (SILVEIRA, 2017, p. 1508-1509) No entanto, Rosenvald (2017, p. 191) prefere o termo “condenação punitiva”.

1.2 Origem e evolução histórica

A responsabilidade civil pode ser encontrada no Direito Antigo como o Código de Hamurabi e o Código de Manu, legislações essas que antecedem a civilização mediterrânea. A ideia central era de imposição sofrimento igual ao dano causado. (PEREIRA, 2018, p. 1-2). A Lei de Talião, conhecida com o jargão “olho por olho, dente por dente” foi assinalada pelo Código de Hamurabi, perpetuando as “vinganças privadas”. Já o Código de Manu, da cultura hindu, conhecido por suas ideias pacifistas, substituiu a pena corporal por uma pena em pecúnia de multa ou indenização, aludindo uma evolução ao Código de Hamurabi. (TARTUCE, 2011, p. 5).

Contudo, foi o direito romano que serviu como base para toda e qualquer elaboração jurídica, à época eram utilizadas vinganças privadas, assim como as civilizações anteriores. Inclusive na Lei das XII das Tábuas é possível encontrar os vestígios da vingança privada, sem qualquer diferenciação entre a responsabilidade civil e penal. (PEREIRA, 2018, p. 1-2). No entanto, a Lei contribuiu para o Direito de modo que determinava o pagamento em dobro do dano efetivo sofrido pela vítima. Defende-se ainda que teria servido de modelo para Eduardo I, rei da Inglaterra na época, para que seus legisladores também adotassem previsão legal de pagamento em dobro ou até o triplo do dano causado. (ULIAN 2003 apud SERPA, 2011, p. 27-28).

Com o desenvolvimento da civilização, o direito clássico romano, em forma de substituição às vinganças privadas, as penas passaram a se dividir em públicas e privadas, sendo que as primeiras eram aplicadas em infrações cometidas contra o Estado, e as segundas em infrações cometidas contra pessoas e seus bens. No entanto, nestas o Estado não tomava iniciativa, apenas assegurava à vítima o seu direito. A pena privada não tinha caráter ressarcitório, e sim meramente punitiva, mas os instrumentos que impediam ou neutralizavam os efeitos do ato ilícito cometido tinham caráter ressarcitório. Daí, no Direito clássico, surge a ideia de dupla via sancionadora. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 17)

Contudo, “assiste-se uma progressiva crise da pena privada, determinada basicamente pelo sucesso da pena pública” e os juristas romanos alegavam que “juízo cível se reserva às demandas ressarcitórias”. (ROSENVALD, 2017, p. 38).

No período medieval, a pena privada começou a ser mais utilizada, sob o domínio dos Lombardos, possuía o anseio ressarcitório, ao contrário do direito romano clássico que buscava apenas a punição do ofensor. Com a influência da justiça comutativa, sustentado por São Tomás de Aquino, o direito positivo passou a separar a pena, aqui como sanção pública, e o dano como reparação da lesão. (ROSENVALD, 2017, p. 38-39).

A Lei Aquilia do século III a.C. introduziu a responsabilidade subjetiva (TARTUCE, 2011, p. 8) com efeito, começam a aflorarem características da responsabilidade civil, que até então não existiam. (MARINGANGELO, 2016, p. 78)

O direito francês separou as matérias civilistas e penalista, que, após esse momento, passou a enxergar as penas privadas como barbárie. Contudo, a referida pena não foi extinta, inclusive continuou a ser utilizada no Direito anglo-saxão. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 18) No século XVIII, o direito francês normatizou uma regra geral para a responsabilidade civil, que obrigava o ofensor a reparar danos causados à outras pessoas. (PEREIRA, 2018, p. 5).

Quanto ao direito medieval inglês possui que suas raízes no período anglo-saxônico, não fazia distinção entre ilícito civil e penal, e por isso, as sanções exerciam ao mesmo tempo a função de compensação e punição. (ZITZER 1988 apud SERPA, 2011, p. 28-29).

Após a invasão normanda, esse sistema de sanção pecuniária foi substituído pelas sanções *amercements*. Ao contrário do sistema anglo-saxônico, o valor pecuniário era devido exclusivamente ao rei ou representantes, podendo ser destinado tanto para ilícitos criminais quanto para os civis, ressaltando a proporcionalidade do valor a ser estipulado. (SERPA, 2011, p. 29).

Com a conseqüente distinção entre Direito Penal e Direito Civil, as *amercements* ficaram defasadas e tornou-se cada vez menos utilizada. Já nos séculos XVII e XVIII o uso do instituto na seara penal foi substituída por multa e na seara civil pelas *compensatory damages*. (ZITZER 1988 apud SERPA, 2011, p. 30).

Nessa toada, em 1760 as cortes inglesas passaram fundamentar as decisões que concediam grandes somas pelos júris ao autor por *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*. Essa indenização adicional passou a ser chamada de *exemplary damages*. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 18)

O *punitive damage* “surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106).

O marco inicial de precedentes judiciais se deu na Inglaterra, no século XVIII, utilizando o termo “*exemplar damages*” em dois julgamentos: *Huckle v. Money*, 1763 e *Wilkes v. Wood*, 1763. Trata-se do mesmo fato: arbitrariedade do Estado ao

emitirem mandado de prisão para pessoas que publicaram um periódico intitulado de *North Briton*, contrário ao governo da época. O julgamento decidiu por uma indenização exemplar aos autores. (SILVEIRA, 2017, p. 1510-1511).

Para Silva e Walker (2016) o *punitive damages* foi utilizado como forma de controle do Estado a fim de evitar abuso de poder. Em outra toada, Lourenço (2006, p. 166 apud SILVEIRA, 2017, p. 1510) afirma que o instituto surge como forma de proteção da liberdade individual.

O primeiro caso de *punitive damages* nos Estados Unidos foi fixado pelo precedente *Genay v. Norris*, 1784. À época, o termo utilizado pelo Tribunal de Califórnia foi “*vindictive damages*” e imposto ao réu por oferecer vinho envenenado ao autor da ação, causando-lhe dores, antes a intoxicação decorrente do consumo da substância. Outro precedente que merece destaque é *Coryell v. Colbaugh* de 1791, imposto ao réu que quebrou promessa de casamento com a demandante, a fundamentação do juiz à época para aplicação do instituto foi prevenção de ocorrência desse tipo de ato no futuro. (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1290-1291)

Para melhor compreensão, é necessário explanar sobre como é tratado o instituto nos Direitos inglês e norte-americano. Esses dois ordenamentos possuem um antagonismo quanto a aplicação do *punitive damages*, sendo que o Direito inglês possui aplicação mais restrita. (SERPA, 2011, p.82).

A restrição ocorreu após a fixação de pilares pela *House of Lords* da Inglaterra, no que julgou *Rookes v. Barnard* (1964 A.C. 1129) em 1964 que passou a admitir a incidência do *punitive damages* em três hipóteses: i) quando atos ilícitos forem cometidos por funcionários do governo; ii) quando o ofensor premeditou a conduta com a finalidade de obter lucro que exceda o valor da indenização compensatória devido ao ofendido; iii) em casos em que for autorizado expressamente por lei. (SERPA, 2011, p. 83-84).

Por fim, em sua decisão, Lord Devlin fez mais uma restrição, para ele os jurados devem ser instruídos que o *punitive damages* só deveria ser aplicado se o *compensatory damages* fosse insuficiente para punir o agente do ato ilícito, demonstrar a reprovação da sociedade e prevenir o cometimento de novos atos ilícitos semelhantes (WILCOX 2009 apud SERPA 2011, p. 85).

A doutrina enxergou negativamente as restrições. Saravalle (2006 apud SERPA, 2011, p. 85) entende que o julgamento acabou “limitando substancialmente seu âmbito e incidência”. Maria Celina Bodin de MORAES (2004 apud SERPA, 2011, p. 85) considerou as hipóteses restritivas “incompatíveis com a natureza estritamente compensatória da reparação de danos”.

Em outra toada, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América possui menos restrições, contudo, há alguns aspectos importantes que merecem destaque. O primeiro é a categorização de “ilícito” no ordenamento jurídico norte-americano, que variam conforme a intenção do agente: absoluta, restrita ou sem exigência. Nesse sentido, Rosenveld (2017, p. 192) alude:

Os ilícitos intencionais causam interferências na pessoa ou propriedade. Esta interferência excessiva será intencional ou negligente. Os ilícitos intencionais como a invasão de interesses menos tangíveis submeteram-se a considerável desenvolvimento judicial nas últimas décadas. Eles incluem, entre outros, inflição de angústia, interferência em relações contratuais, acusação maliciosa, invasão da esfera de privacidade. Entretanto, a maior parte de litígios de responsabilidade civil concerne a pedidos de injúrias pessoais baseadas em negligência ou responsabilidade objetiva. A negligência, entretanto, é economicamente uma base mais significativa para o intento de responsabilidade extracontratual.

A aplicação do *punitive damages* não constitui “direito subjetivo”, em regra, é uma indenização permitida, e não devida, dependem da discricionariedade do júri, a não ser que as provas sejam suficientes, de modo que não resta alternativa ao júri, senão conceder. Além disso, para a incidência do instituto é necessário um ato com negligência grave. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 19)

Por mais que caiba ao júri a decisão sobre a concessão da indenização punitiva, a Suprema Corte passou a fixar parâmetros a fim de evitar a indústria das indenizações milionárias: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; “a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes”. Desde então diversos precedentes limitaram ainda mais a incidência do instituto: *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981), *Texaco v. Pennzoil* (1984), *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc v. Kelco Disposal Inc.* (1989), *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip* (1991), *TXO Production Corp. v. Aliance*

Resources Corp (1993). Honda Motors Corp. v. Karl Oberg (1994). (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 19-20)

Por fim, cumpre apontar uma evolução jurisprudencial, tendo em vista que os *punitive damages* recaem apenas em relações extracontratuais, e nunca contratuais. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 19).

Em mesma senda, Simpson (1959 apud SERPA, 2011, p. 56-57) expõe que:

[a] regra da common law, seguida na grande maioria dos Estados [norte-americanos], é a de que punitive damages não podem ser impostos em ações que versem sobre inadimplemento contratual, não importando as circunstâncias de malícia, abuso, injustiça ou opressão em que se deu o inadimplemento”

Contudo, o entendimento foi alterado após o julgamento do caso *Welbron v. Dixon*, que decidiu pela incidência do *punitive damages* nos casos de inadimplemento contratual desde que haja conduta intencionalmente abusiva, negligente ou *tort*. (SIMPSON 1959 apud SERPA, 2011, p. 57).

Cumpra-se frisar uma diferenciação entre *tort* e *breach of contract*, sendo que a segunda se trata do inadimplemento contratual, ou seja, requer a existência de relação jurídica anterior. (SERPA, 2011, p. 55).

A ocorrência do instituto passou a ser utilizado com maior frequência quando se começou a aplicar os *punitive damages* em responsabilidade objetiva dos produtores em decorrência de defeitos e danos sofridos pelo consumidor. (SILVEIRA, 2017, p. 1513).

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro tomou caminho inverso, e fundamentada nos ideais de justiça sustentado por São Tomás de Aquino, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, passou-se a adotar o limite da extensão do dano e tão somente. A uniformização das regras também serviu de fundamento para a despenalização da responsabilidade civil. (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 18)

1.3 Funções

A doutrina levanta funções que os *punitive damages* exercem: justiça pública, obrigando aos cidadãos o devido cumprimento da lei; preventiva, desestimulando o ofensor e a sociedade a cometerem novos atos ilícitos; punitiva, de natureza quase criminal; por fim, as funções educativas e vingativas, sendo que ambas possuem um caráter de desestimular o ofensor a desrespeitar a lei. (SERPA, 2011, p. 39).

Para a indenização punitiva há três funções que importam: compensatória, punitiva e dissuasória. A primeira visa a restituição ao *status quo* antes do cometimento do ato ilícito por meio de valor pecuniário, com a possibilidade de englobar os danos emergentes, lucros cessantes ou danos de natureza extrapatrimonial. (SERPA, 2011, p. 188).

Ressalte-se, ainda que, a função compensatória dos *punitive damages* é utilizada para reembolsar o autor por perdas que, em regra, não são indenizadas pela via dos *compensatory damage*. (OWEN, 1994, p. 378-379). Conforme exemplificado por Owen (1994, p. 379) serve para indenizar a vítima em das despesas com a própria ação ajuizada em face do infrator:

Although most courts and many commentators fail to include the payment of attorneys' fees and other costs of litigation as a justificatory basis for punitive damages, the plaintiff's responsibility for these substantial costs provides a compelling argument for punitive damages in appropriate cases.²

Keeton (1984) compartilha do mesmo pensamento de Owen: “[...] decisões ocasionalmente mencionam o propósito adicional de reembolsar o autor por elementos do dano que não são geralmente compensáveis, como dissabores emocionais ou as despesas do litígio” (apud SILVA e WALKER, 2016, p. 143).

O objetivo principal do instituto é a punição do ofensor, estabelecendo uma espécie de pena que sirva como exemplo para não reincidir no ato praticado outrora,

² Apesar da maioria das cortes e muitos especialistas não incluírem os honorários dos advogados e os custos da ação como fundamento para aplicação de indenização punitiva, a responsabilidade do requerente por esses custos proporciona um forte argumento para a indenização punitiva em certos casos. (tradução nossa).

dissuadindo também comportamento semelhantes de outros agentes. (Andrade, 2006, 139-140).

A punição como retribuição é um dos propósitos da indenização punitiva que visa a punição por condutas mais gravosas, distinguindo o comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Adotando-se critério de justiça na responsabilidade civil. (ANDRADE, 2006, p. 153). Andrade ainda vai além ao afirmar que a incidência do instituto seria um cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, ao tratar casos de maneira distinta, caso contrário, seria afronta ao princípio constitucional da igualdade e à justiça. (ANDRADE, 2006, p. 155).

Em mesma senda, Owen (1994, p. 375) expõe que essa função do instituto protege e, ao mesmo tempo, promove a igualdade e liberdade.

Contudo, mesmo que a condenação por dano moral possua um caráter punitivo, Sanseverino (2010) aponta a necessidade de cautela para evitar confusões da indenização punitiva e do dano moral, sendo que a primeira não teria respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, e a segunda uma espécie de indenização.

Quanto a função dissuasória ou preventiva, desempenha um papel importante para a sociedade. Explica-se: somente cominação da indenização compensatória “ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque” (ANDRADE, 2006, p. 56). Sendo assim, a indenização punitiva surge como forma de eliminar e intimidar condutas reprováveis, por meio de imposição de punição em caráter pecuniário. (ANDRADE, 2006, p. 56).

No entanto, para que essa função seja exercida em sua plenitude e eficácia, é necessário que o ofensor seja identificado e punido e que todos os potenciais ofensores entendam a possibilidade real de serem punidos.

The effectiveness of punitive damages in deterring gross misconduct depends significantly upon two principal factors: (1) whether the law in fact regularly catches and punishes persons who flagrantly violate the rights of other persons and (2) whether potential offenders understand that the law

proscribes, and that enforcers are likely to punish, their contemplated misbehavior.³ (OWEN, 1994, p. 377).

Rosenvald (2017, p. 194) expõe que os *punitive damages* são deferidos visando duas finalidades: retribuição e desestímulo. A primeira precede conduta altamente reprovável pela sociedade, uma conduta evada de dolo ou negligência grave; a segunda, visa desencorajar a reincidência da conduta lesiva.

Portanto, é possível afirmar que o principal objetivo do instituto é a punição do agente pela conduta e a prevenção do cometimento de novos atos ilícitos. Deste modo, é possível amparar e proteger a sociedade com maior eficácia.

1.4 Pressupostos de incidência

Quanto a incidência do instituto há três pressupostos que merecem atenção: ato ilícito extracontratual ou inadimplemento contratual, dano, e a culpa do agente.

É exigível a ocorrência de um dano moral, uma ofensa aos direitos de personalidade, fundamentada pela proteção oferecida pela Constituição. Nos países da *civil law* enfrenta óbices: em relação ao dano moral, porque não há uma lei expressa que impute a indenização punitiva; e a regra que a indenização se mede pela extensão do dano. No dano moral não encontramos esse obstáculo, pois não é possível mensurar o valor do dano sofrido. (ANDRADE, 2006, p. 148-149).

Importante ressaltar que a análise feita é acerca do sistema de *Common Law*, e nesse sentido explica ULIAN (2003 apud SERPA 2011, p. 56) que *tort* é “o ilícito civil por excelência, ainda que seja difícil achar-lhe uma tradução sob medida nas categorias jurídicas utilizadas pelos sistemas de raiz romano-germânica”. Nesse sentido, o conceito de *tort* possui semelhança ao conceito de imputação do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: culpa, dano e nexos de causalidade, além do mero conceito de ato ilícito. (SERPA, 2011, p. 55)

³ A efetividade da indenização punitiva em evitar condutas graves depende de dois fatores: (1) se a lei frequentemente captura e pune alguém que manifestamente viola o direito de outra e (2) se os possíveis infratores entendem que a lei proíbe aquele comportamento e que a imposição de punição é provável, diante de sua conduta grave. (tradução nossa).

É necessário que o ato ilícito gere prejuízo para a caracterização da sanção. É imprescindível fazer uma diferenciação sobre a responsabilidade civil do *common law* dos países de raiz romano-germânica. (SERPA, 2011, p. 59)

No primeiro caso, como demonstra ULIAN (2003) responsabilidade civil é um “sistema pluralista” com a previsão de diversos remédios de aplicação à lesão de um interesse, hipótese essa em que dano só seria indenizável se resultasse em lesão de direito tutelado juridicamente. Já o “sistema monista” dispõe apenas de uma regra geral, como exemplo o artigo 188 e 927 do Código Civil brasileiro de 2002. (apud SERPA, 2011, p. 59).

Sobre a condenação ao pagamento de *punitive damages* Serpa (2011, p. 61) leciona que: “não depende da ocorrência, alegação ou comprovação de efetivo prejuízo. Depende, contudo e no mínimo, da ocorrência de um tort que dê ensejo, independentemente da ocorrência do prejuízo, a uma pretensão condenatória bem sucedida.”

Keeton (1984 apud SILVA e WALKER, 2016, p. 300-301) leciona:

[...] é frequentemente afirmado também que a indenização punitiva deve guardar alguma proporção, ou pelo menos algum tipo indefinido de relação, à indenização compensatória determinada, para garantir que uma indenização compensatória muito pequena não receba uma penalidade muito grande.

O grau de reprovabilidade da conduta é o elemento subjetivo do instituto abordado, a depender da intenção do infrator, diante de uma desconsideração escancarada do direito alheio, deve-se considerar a conduta mais gravosa. A título de exemplo: a malícia, intenção, temeridade e a negligência. Assim é possível dar uma resposta exemplar aos atos ilícitos cometidos. (SERPA, 2011, p. 62).

Em regra, não importa o grau de culpa do ofensor para a caracterização da responsabilidade civil, pois a indenização é medida pela extensão do dano. Ao contrário da indenização punitiva, onde é indispensável estabelecer o grau de culpa da conduta. A sanção deve ser aplicada em hipóteses de dolo ou culpa grave, por exemplo intenção lesiva, desprezo ou indiferença pelo direito alheio, e é nesse momento que função dissuasória toma forma. (ANDRADE, 2006, p. 149-150)

É necessário frisar duas hipóteses em que não seria viável a incidência do instituto: culpa leve e responsabilidade objetiva. A primeira porque deixaria de exercer a função que caracteriza o *punitive damages*, de prevenção geral ou especial da prática de delito, excetuando-se os casos de obtenção de lucro ilícito. A segunda, pois inexistente o elemento culpa como fator caracterizador da conduta, a não ser que incorra em culpa grave ou dolo. (ANDRADE, 2006, p. 165-166).

No tocante à responsabilidade civil objetiva, Resedá (2008, p. 263) entende de maneira diversa e advoga pela incidência do *punitive damage* nessa modalidade:

[...] não há impedimentos. A imputação de responder pela ação existe de forma direta – sem que seja necessário aferir aspectos subjetivos – porém, para aplicar o *punitive damage*, nada impede que haja a análise (sic) da intenção e outros requisitos – como, por exemplo, a reincidência – intrínsecos à vontade do agente. Deve-se separar a forma como a lei encara as consequências (sic) do ato danoso, com o requisito necessário para a aplicação deste instituto.

Cumpra-se ressaltar que o dolo é “a conduta dirigida de forma consciente à produção de determinado resultado lesivo, que pode ser almejado pelo agente (dolo direto) ou simplesmente aceito por ele (dolo indireto ou eventual)”. (ANDRADE, 2006, p. 150-151). Já a culpa grave é a conduta “sem atenção para as cautelas mais mezinhas” ou mesmo que tido como culpa leve “deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente”. Com efeito, a indenização punitiva é “incabível em caso de *culpa levíssima*, configurada pela falta de observância de um cuidado extraordinário, próprio de um homem prudentíssimo”. (ANDRADE, 2006, p. 150-151).

Nessa toada, situações em que seja configurada a má-fé, dolo e atos reprováveis moralmente podem ensejar em condenação por *exemplary damages* (RESEDÁ, 2008, p. 260). Outra análise que deve ser feita é quanto às características do ofensor para determinar a incidência do instituto, tais como: sua capacidade econômica e as repercussões do ato. (RESEDÁ, 2008, p. 263).

Quanto a obtenção de lucro com o ato ilícito, Andrade (2006, p. 152) defende que não seria elemento indispensável pois há hipóteses de incidência do instituto sem essa circunstância fática.

A ideia principal desse requisito é que haveria a incidência da indenização punitiva se o agente obtivesse lucro ilícitamente, independentemente de caracterização de culpa grave nos casos de dano moral. Nos danos patrimoniais, a punição seria aplicada para impedir o lucro do ato ilícito, tendo em vista que a indenização a título de dano material se mede pela extensão do dano. (ANDRADE, 2006, p. 152).

Por outro lado, Marinangelo (2016, p. 136-137) advoga que a obtenção de lucro com o ilícito é requisito dispensável, bastando apenas a presença de dolo ou culpa grave e do dano extrapatrimonial. Contudo, defende que o ganho ilegítimo pode configurar a incidência da indenização punitiva, quando não presente dolo ou culpa grave.

1.5 *Quantum* indenizatório

Nos Estados Unidos, os *punitive damages* estão submetidos ao Direito Civil, mas possuem natureza penal, em razão disso sofrem igualmente as limitações constitucionais. Conseqüentemente, é necessário a moderação no momento de arbitrar o montante devido. Dessa forma, propõe-se: evitar a falência de empresas, aplicando-se em casos de gravidade extrema, em que a mera restituição ao *status quo ante* não seja suficiente, mas ao mesmo tempo adequar o valor para atender às suas finalidades e funções. (ROSENVALD, 2017, p. 196).

É fato a impossibilidade de mensurar um dano extrapatrimonial, por isso é necessário realizar uma “ponderação axiológica”. Sendo assim, é possível utilizar critérios para determinar o *quantum* indenizatório do dano moral com a função punitiva de acordo com a jurisprudência pátria, tais quais: o grau de culpa de quem praticou, condição financeira do agente e o enriquecimento obtido a partir de sua conduta. Uma parcela advoga ainda por mais dois critérios: intensidade e sofrimento da vítima, e a teoria da perda de uma chance. Nesse sentido, há uma similaridade com as ideias defendidas pela doutrina estadunidense (MARTINS-COSTA E PARGENDLER, 2005, p. 22-23)

Assim lecionam Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 23):

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e,

inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – **a imposição de uma pena**, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

Nessa toada, expõe Serpa (2011, p. 67):

a “*natureza e extensão dos prejuízos*” causados em decorrência do ato ilícito, são, portanto, importante elemento para a quantificação dos *punitive damages*, especialmente quanto [sic] tais prejuízos não são ordinariamente reembolsados pela aplicação isolada dos *compensatory damages*.

Em sentido contrário, Andrade (2009 apud SILVA e WALKER, 2016, p. 313-314) advoga que não se deve levar em consideração a condição econômica da vítima, porque “não contribui para o alcance dos efeitos punitivo e preventivo da indenização.” e além disso, as vítimas com menor poder econômico em comparação com as vítimas com maior deste poder “ficam mais sujeitas a ataques e seus interesses não patrimoniais”. (ANDRADE, 2009 apud SILVA e WALKER, 2016, p. 313-314)

Além disso, como já citado, é a condição financeira do demandado para a quantificação do valor do *punitive damages*. Serpa (2011, p. 68) utiliza como exemplo o efeito que causaria ao punir uma pequena empresa, sendo que a punição pode ser insignificante para uma grande corporação. Daí a necessidade de levar-se em consideração o poder econômico do ofensor estipulando um valor no montante suficiente para desestimular condutas ilícitas.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Estabelecido o objetivo, é necessário analisar o ordenamento jurídico para o qual ocorreria a transposição do instituto em questão. Para isso ser realizado de forma efetiva, verifica-se a necessidade de discorrer sobre o a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, conceito, noções gerais, pressupostos e funções exercidas, viabilizando uma análise comparativa no terceiro e último capítulo.

2.1 Conceito e noções gerais

A responsabilidade civil é um instituto complexo para se definir. Em alguns momentos a doutrina chega a divergir sobre o próprio conceito, principalmente quanto a questão da culpa.

Caio Mário Pereira da Silva (2018, p. 8) elucida:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil

Nader (2016, p. 6) conceitua responsabilidade civil como “situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.”.

Rosenveld (2017, p. 34) esclarece:

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. “Responsabilizar” já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, “responsabilizar” se converteu em reparação de danos. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos.

Para compreender a responsabilidade civil é necessário conceituar fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico e ato ilícito.

Fato jurídico é o fato que ocorre no mundo real, o qual se ajusta à hipótese prevista na norma, atribuindo-lhe efeito jurídico. Como consequência produz consequência jurídica, como exemplo nascimento, extinção e alteração de direito. Os fatos jurídicos dividem-se em naturais e voluntários, o primeiro sucede da natureza como nascimento e morte; o segundo, decorre de acontecimentos de atos praticados, capaz de produzir efeito jurídico, pelo ser humano. A última hipótese divide-se ainda em lícitos e ilícitos. (CARAVLIERI, 2012, p. 7).

Ato jurídico e negócio jurídico são institutos consagrados pelo Código Civil de 2002 nos artigos 185 e 104, respectivamente. O ato jurídico tem seus efeitos

previstos e estabelecidos pela norma, vinculado necessariamente pelo querer humano, a título de exemplificação: os institutos da adoção ou reconhecimento de paternidade. O negócio jurídico também está vinculado pela vontade humana, mas os efeitos não são estabelecidos previamente pela norma e dependem exclusivamente daquele que o pratica, por exemplo o testamento. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 8).

Ato ilícito são aqueles que decorrem da vontade humana produzindo efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento jurídico. (VENOSA, 2020, p. 466). O ato ilícito está previsto no artigo 186 do Código Civil, e trata-se de uma espécie do gênero ilicitude, que pode decorrer de uma conduta comissiva ou omissiva. (NADER, 2016, p. 69).

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 13) leciona que o ato ilícito é:

um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não simplesmente promete ou ameaça infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que o ato ilícito foi praticado, está diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário [...] é o conjunto de pressupostos da responsabilidade.

Superada essas questões, o presente trabalho tem o dever de abordar as funções exercidas pela responsabilidade civil no tópico a seguir.

2.2 Funções

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro também exerce função importante, além da mera compensação do dano. Quando se fala em danos morais, a doutrina aponta uma dupla função exercida: a compensação do dano e a sanção imposta ao ofensor.

Paulo Nader (2016, p. 14) expõe três funções para o instituto: reparação, prevenção de danos e punição. A primeira visa o retorno ao status quo ante, restituindo integralmente de qualquer dano, material e/ou moral. Quanto a função de prevenção de danos é a ideia de reforçar às pessoas a importância de não causar dano a outra pessoa, e ressalta a necessidade de um sistema judiciário eficiente para fazê-lo. Por fim, a função punitiva tem caráter preventivo, amplamente aplicado no sistema norte-americano com punitive damages.

A função compensatória é a crucial na responsabilidade civil, chamada também de satisfatória, e contempla o princípio da reparação integral. Mesmo que a indenização verse sobre danos extrapatrimoniais, é necessário obedecer à ideia de reparação mais completa possível. (SANSEVERINO, 2010, p. 271).

Quanto a função reparatória Venturi (2014, p. 74 apud Marinangelo, 2016, p. 113):

A afirmação de que a responsabilidade civil se funda na proteção dos direitos assume vital importância, como parece claro, na sustentação da prevenção como objetivo primeiro ou referencial do instituto, que conseguirá cumprir concreta e integralmente sua própria função social na medida em que se revele eficiente em evitar ou dissuadir a ocorrência do ilícito e dos danos que possam deste eventualmente decorrer.

Rosenvald aponta quatro funções, todas compatíveis entre si, exercidas pela responsabilidade civil, sendo que apenas as duas primeiras não são objeto de divergência na comunidade jurídica:

(a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de **reparar o sujeito atingido pela lesão**; (b) **a função de ripristinar o lesado ao *status quo ante***, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o **poder sancionatório (ou punitivo) do Estado**; (d) **a função de desestímulo** para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. (ROSENVALD, 2017, p. 32-33) (**sem grifo no original**).

A simples condenação do ofensor à reparação reflete intenção inibitória do instituto, esse propósito é redobrado na função punitiva, e vai mais além na função precaucional, dissuadindo comportamentos com potencial lesivo. A função compensatória possui um caráter a posteriori ao ato lesivo, primando pela liberdade individual ante a falta de intervenção até que se concretize qualquer dano. Já as funções punitivas e precaucional, possui um caráter mais intervencionista e limite no grau de liberdade, diante da persecução da segurança pública. (ROSENVALD, 2017, p. 33).

A função preventiva se manifesta por meio dos princípios da prevenção e da precaução e coloca a indenização em si fica em segundo plano, substituída pelo intuito de proteger a sociedade. A função se dá, simultaneamente, em momento prévio e posterior ao dano, visa educar e prevenir futuros danos. Sobre a função de prevenção de danos Hedemann (1958 apud NADER, 2016, p. 15) alude que:

A indenização de danos serve para reparar uma vulneração do direito consumada; mas, pergunta-se: por que se tem de esperar até que o dano exista? Em seu lugar deve ser concedida uma ação judicial preventiva que freie o perturbador, antes de cometer o ilícito.

Por último e mais polêmica: função punitiva, causa de grande divergência na comunidade jurídica. Caio Mário Pereira da Silva (2018, p. 8) aponta que a responsabilidade civil oferece um “plus” e afirma que o jurista tem o dever de imposição de sanções ao agente da conduta lesiva.

Essa tese foi contemplada pelo enunciado número 446 da V Jornada de Direito Civil de novembro de 2011: “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 atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.”.

Benacchio (2012, p. 666 apud MARINANGELO, 2016, p. 125) faz esclarecimento sobre o limite da indenização contida no artigo 944 do Código Civil, parágrafo único: “é evidente a presença da relevância do grau de culpa que se prende à conduta culposa e não ao dano, e nessa perspectiva, pode ser utilizado como princípio para essa afirmação da presença da função punitiva da responsabilidade civil”.

A função punitiva deve ser exercida de modo a ser utilizado como critério de fixação do valor indenizatório, pois de nada adianta ser usada apenas como fundamentação da sentença. Se logrado somente como fundamentação, acaba tornando-se uma função vazia ou um jargão. Para a incidência da indenização punitiva é necessário que o julgador analise mais a conduta e o agente do que a própria vítima. (ANDRADE, 2006, p. 146).

Creditar função punitiva à responsabilidade civil é reascender uma discussão doutrinária de distinção entre culpa e dolo, que foi “abandonada pelo monopólio da função reparatória, direcionada à aferição exclusiva do pressuposto dano” (ROSENVALD, 2017, p. 49). Se tratando de culpa e dolo, é necessário frisar que a função sancionatória é exclusiva da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilização objetiva não decorre de uma conduta indesejável, de modo que não

faz sentido aplicar uma pena. A função da responsabilidade objetiva é “socializar custos de certa atividade”. (COELHO, 2012, p. 550-551)

Contudo, há quem advogue contrariamente à essa tese e que nos danos causados sem culpa do ofensor, por exemplo a responsabilidade objetiva, “não há que cogitar do caráter punitivo da indenização, que deve desempenhar apenas função compensatória” (ANDRADE, 2006, p. 146). Da mesma forma deve ser tratado os casos de responsabilidade subjetiva nos casos de culpa simples do agente. (ANDRADE, 2006, p. 146)

No entanto, na jurisprudência pátria é possível encontrar precedentes do Superior Tribunal de Justiça que afirmam não haver função punitiva nas indenizações por perdas e danos, vide decisão monocrática do Recurso Especial 1.477.630 – GO de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira: “[...] no Brasil a indenização de perdas e danos não tem função punitiva.”.

Gustavo Tepedino (2020, p. 2) acredita que com a vigência da Constituição de 1988 ocorreu um afastamento da função sancionadora, que ao dispor à dignidade humana na proteção da vítima, há uma ratificação da função reparatória. Sendo assim, há um afastamento do foco naquele que causou o dano e maior ênfase na proteção daquele que foi atingido.

Rosenvald (2017, p. 49) advoga que: “podemos e devemos conceber a responsabilidade civil como um sistema complexo em que confluem várias finalidades. Reparação, prevenção e punição, simultaneamente.”.

É inegável a discussão entre a doutrina acerca se a responsabilidade civil exerce função punitiva, mesmo que seja claro o caráter punitivo da indenização por danos morais.

2.3 Pressupostos de incidência

Como caracterizador da responsabilidade civil há três elementos que devem ser observados: dano, nexos de causalidade e culpa, mas este merece uma discussão mais aprofundada, pois não é toda modalidade que requer este requisito.

2.3.1 Dano

O dano é requisito essencial para a responsabilização de alguém, pois sem isso não há ato ilícito. O dano é elemento central e compreende “qualquer forma de modificação pejorativa”. (TEPEDINO, 2020, p. 27). Isso porque, se uma indenização for concedida sem que exista efetivamente o dano, estaria caracterizado o enriquecimento ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Quanto aos tipos de dano pode-se destacar os danos patrimoniais que “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima”, mas “pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como também o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78). Quanto aos danos morais, podemos conceituar da seguinte forma:

Uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão da sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90-91).

Por último, o dano estético é “quanto o agente provoca lesões corporais indeléveis, seja deixando cicatrizes, aleijões ou quaisquer marcas incomuns, que prejudiquem a aparência da pessoa e abalam sua autoestima”. (NADER, 2016, p. 98)

Dano “provém do latim *dammum* e significa lesão de natureza patrimonial ou moral.”. (NADER, 2016, p. 77). Contudo, pode-se incluir também o dano estético, que inclusive já foi aceito a cumulação dessas modalidades (dano material, moral e estético) pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula n. 387.

Sendo assim, a definição sobre dano mais completa, que abarca qualquer espécie de dano, é do professor Caio Mário (2018, p. 73): “para a determinação da existência do dano, como elemento objetivo da responsabilidade civil, é indispensável assentar que houve ofensa a um ‘bem jurídico’”.

Ao tratar sobre esse requisito é necessário destacar o caput do artigo 944 do Código Civil de 2002, que tem caráter de cláusula geral da responsabilidade civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano.”. O referido artigo nos remete ao

princípio da reparação integral, previsto no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito à indenização a título de dano material, moral e à imagem; o inciso X também merece destaque, pois confere o direito à reparação integral por violação ao direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. (TARTUCE, 2011, p. 94-95).

Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 93) apontam que é necessário a presença concomitante de três requisitos para que um dano seja indenizável: (i) a violação de um bem jurídico patrimonial ou extrapatrimonial; (ii) dano certo, efetivo e indenizável; e (iii) subsistência do dano.

Além disso, o dano tem que ser atual e certo, com ressalvas ao segundo requisito, pois ainda que não seja um prejuízo conhecido, suas consequências futuras podem ensejar uma ação de perdas e danos. (PEREIRA, 2018, p. 56).

2.3.2 *Nexo de causalidade*

Para que possamos entender o pressuposto “culpa”, é necessário conceituar nexo causal primeiramente:

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. (VENOSA, 2020, p. 511).

O nexo de causalidade é responsável por definir quem é o responsável pelo resultado danoso e, ao mesmo tempo, é indispensável para determinar a extensão do dano a se indenizar. Dessa forma, cumpre uma dupla função. (TEPEDINO, 2020, p. 82).

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 49) leciona que “o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.”.

Há três teorias dignas de ênfase quando se fala de multiplicidade de causas: (i) teoria da equivalência de condições; (ii) teoria da causalidade adequada; e por fim, (iii) a teoria da causalidade direta ou imediata. A primeira, foi elaborada pelo

jurista alemão Von Buri, a tese, adotada inclusive pelo Código Penal brasileiro, mas não pelo Direito Civil, não faz diferença entre os antecedentes do resultado danoso produzido, de modo que, tudo aquilo que concorreu para o evento será considerado como causa. A segunda, foi desenvolvida pelo filósofo alemão Von Kries, possui como ideia central que apenas as condutas mais prováveis de produzir o efeito danoso devem ser consideradas como causa. Por fim, a terceira teoria foi desenvolvida no Brasil, por Agostinho Alvim, propõe que causa é apenas o antecedente fático que diretamente e imediatamente produza resultado danoso. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019, p. 152-156).

A teoria da causalidade direta ou imediata foi adotada pelo Código Civil no que tange à inexecução de obrigações, à vista do artigo 403 do Código Civil, que determina a imputação de responsabilidade por prejuízos efetivos e por lucros cessantes quando for decorrente de direto e imediato da inadimplência. (NADER, 2016, p. 127).

No entanto, como alude Tepedino (2020, p. 88), um precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1.615.971 de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27.9.2016, reconheceu que a causalidade deve ser medida tomando como base a teoria da causalidade.

Venosa (2020, p. 512) leciona sobre a possibilidade de rompimento do nexo causal que causa a exclusão da responsabilidade. As modalidades são: culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior, e a cláusula de não indenizar.

2.3.3 *Culpa*

A responsabilidade civil pode ser subdividida em duas teorias: responsabilidade objetiva e subjetiva. A primeira despreza a necessidade do requisito culpa, sendo suficiente a vigência de norma que defina obrigação de indenizar ou a constatação pelo magistrado que àquela atividade possui risco inerente. (ROSENVALD, 2017, p. 48). Dessa forma, a culpa é elemento essencial apenas para a responsabilidade subjetiva.

Como já abordado por esse trabalho, o ato ilícito precede uma conduta humana voluntária. É nesse sentido que Cavalieri Filho (2012, p. 25-26) conceitua o elemento culpa como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.”

Caio Mário (2018, p. 92) leciona que a culpa é uma combinação de consciência e previsibilidade.

Na responsabilidade civil a conduta pode ser dolosa ou culposa. Sendo assim, o ato deve ser voluntário, ou decorrer de negligência, imprudência ou imperícia. Sem esses elementos não há de se falar em ato ilícito. (VENOSA, 2020, p. 106).

Nader (2016, p. 108) remete-se aos três graus de intensidade da culpa: grava, leve e levíssima. A primeira se remete a uma falta “perceptível ao senso comum”. Quanto aos outros dois:

o ato ou omissão decorre de uma falta sem maior comprometimento ético, suscetível de ser praticada na rotina do trabalho ou de uma atividade de lazer. Não há como se distinguir, conceitualmente, ambos graus, senão recorrendo-se ao óbvio: a culpa leve não se reveste de maior profundidade, como a grave, nem chega a ser corriqueira, como a levíssima. Esta se dá por simples descuido, como o de alguém que, ao sair de um elevador, inadvertidamente esbarra em uma pessoa, provocando-lhe algum tipo de dano.

Esses conceitos podem servir para a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, que possui a seguinte redação: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. Cavalieri Filho (2012, p. 39-40) menciona que o referido artigo é uma mitigação do princípio da reparação integral, e uma contemplação aos princípios da dignidade humana e da solidariedade, de modo a garantir um julgamento justo.

Cumpra-se frisar que causalidade, tema abordado no tópico anterior, não se confunde com imputabilidade. A primeira é o reconhecimento da conduta como fator determinante para o resultado dano. Já a segunda, é a atribuição da responsabilidade por este resultado. (NADER, 2016, p. 121). Quanto a imputabilidade é necessário “verificar o estado mental e a maturidade do agente. Para que o agente

seja imputável, exige-se-lhe capacidade e discernimento. A imputabilidade retrata a culpabilidade. Não se atinge o patamar da culpa se o agente causador do dano for inimputável.”. (VENOSA, 2020, p. 533).

Esse pressuposto é o mais importante para a indenização punitiva, pois é a partir dele que se caracteriza a aplicação do instituto, sendo necessária uma conduta grave.

3 TRANSPOSIÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No tópico a seguir será feita uma análise comparativa entre a aplicação do *punitive damage* com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, conforme explana OVÍDIO (1984, p. 161) a pesquisa jurídica comparativa contribuí para a evolução do conhecimento jurídico. Além disso, evidencia os pontos em comum entre dois ou mais ordenamentos, ensejando um conhecimento recíproco, direcionando-se à paz mundial. (OVÍDIO, 1984, p. 179).

Nesse sentido, o modelo atual da responsabilidade civil requer uma nova visão, e por isso a necessidade da pesquisa jurídica comparativa, para verificar a viabilidade de internalização do instituto para a ordem jurídica brasileira.

3.1 A necessidade de utilização da indenização punitiva

Diante da insuficiência dos institutos vigentes no Brasil, Rosenveld (2017, p. 47) alude que “implica na necessidade do ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em sanções diversas e mais efetivas, sem que com isso tenha de recorrer ao extremo do direito penal”.

De acordo com Serpa (2011, p. 138) há três princípios importantes da responsabilidade civil: a cláusula geral que obriga a indenizar; a obrigação de indenizar não pode transcender para outra pessoa, sendo dessa forma individual; moralismo que disciplina que a obrigação deve ser imposta para aquele que tiver desvio de conduta imputado pela noção de culpa. Foi exatamente nesses pilares que se baseou o Código Civil Francês.

Um fenômeno que contribuí para a necessidade de implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro é a fragilização da dicotomia entre direito público e direito privado. O maior responsável é a Constituição Federal que ensejou na “publicização do direito privado” diante da grande proteção dada aos direitos de personalidade. Nesse sentido, a ordem social necessita de uma resposta além do valor de compensação do dano, pois o contrário não condiz com a ideia de justiça. (RESEDÁ, 2008, p. 274).

Nesse sentido, Resedá (2008, p. 275) leciona:

aplicação do *exemplary damage* no âmbito do direito brasileiro se torna mitigada em razão da sua natureza “preventiva-pedagógica” torna-se inconsistente. A manutenção da dicotomia entre o direito público e o privado representa um atraso no caminhar evolutivo da norma jurídica perante a sociedade. Hoje, o que se deve ter em destaque é a meta de garantir a efetiva proteção à pessoa e, conseqüentemente [sic], à sociedade como um todo.

Apesar do ceticismo da doutrina, Serpa (2011, p. 171-172) defende uma convivência harmônica entre a socialização dos riscos e a indenização punitiva. O primeiro pretende, sendo desnecessário em alguns casos acionar o Poder Judiciário garantir a indenização integral do dano, quando a indenização punitiva não for suficiente.

Sergio Cavalieri (2012, p. 1) leciona que o Direito “se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos”. Dessa forma, é necessário entender que o Direito não deve ser rígido, mas maleável, atendendo aos anseios da sociedade para alcançar os objetivos expostos por Cavalieri.

Sendo assim, é necessário:

sacar os conceitos clássicos para conferir-lhes uma nova roupagem diante dos recentes avanços da ciência jurídica, não olvidando dos anseios da sociedade moderna. A necessidade de um novo canal hermenêutico torna-se evidente para a manutenção do correto funcionamento do complexo ordenamento jurídico, porém, ao mesmo tempo, as bases já solidificadas não devem ser desconsideradas sob o preceito da inserção do novo.” (RESEDÁ, 2008, p. 273).

Cumpra-se frisar que a Constituição Federal vigente é o grande responsável pelo direito civil não estar mais preocupado em priorizar o patrimônio, mas sim com os indivíduos. Nessa senda, decidir apenas pela indenização

compensatória seria dar menos importância para o princípio da dignidade da pessoa humana disposto na Carta Magna. (RESEDÁ, 2008, p. 297).

Nesse contexto, a indenização compensatória “funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque.” (ANDRADE, 2006, p. 155).

Por esse motivo, a indenização punitiva passaria a funcionar como uma proteção à coletividade e concretizaria o princípio da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, negar a transposição do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro seria o concordar com o número de casos de violação dos direitos individuais e coletivos. (RESEDÁ, 2008, p. 299).

Pois, além disso, o instituto pode reduzir a vulnerabilidade nas relações de consumo em relação aos fornecedores e ensejar também em produtos mais seguros, já que os danos compensatórios não possuem essa eficácia. (ANDRADE, 2006, p. 161-162). Outra classe beneficiada pelo instituto são os contratantes em posição de inferioridade. (ANDRADE, 2006, p. 163)

Resedá (2008, p. 273) explica que “a indenização em razão de ações por responsabilidade civil, particularmente quanto atinente ao dano moral, não mais abrange a plenitude que o instituto necessita.”. Nesse sentido, o Direito não é engessado e está em constante evolução para se moldar à sociedade, de modo que se faz necessário mudanças para, de forma efetiva, tutelar sobre os bens jurídicos no âmbito civil.

3.2 Objeções à indenização punitiva

A seguir será demonstrado certa preocupação e ceticismo da doutrina brasileira sobre a viabilidade de incorporação da teoria anglo-saxônica para o ordenamento pátrio. Apesar disso, a doutrina que advoga em favor da aplicação do instituto apresenta soluções jurídicas para os conflitos retratados.

3.2.1 *Enriquecimento sem causa*

A primeira crítica feita pela doutrina à adoção da indenização punitiva, é a vedação ao enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884 e seguintes do Código Civil. Conceitua-se como o acréscimo ao patrimônio decorrente de exploração de bens, trabalho ou direitos alheios, a solução do Código Civil para esse tipo de conduta é a restituição ao *status quo ante* do valor obtido ilegitimamente ao patrimônio do titular do direito. (TEPEDINO, 2020, p. 3).

Nesse sentido, a possibilidade de majorar o valor da indenização em razão da conduta do ofensor em um valor além do que o ofendido necessita para viver ensejaria no enriquecimento ilícito, ou em uma “loteria judicial”. Contudo, a alegação de enriquecimento sem causa não deve ser um impedimento para aplicação do instituto, mas uma ferramenta para sua aplicação, que serve como forma de censura para o comportamento do ofensor. (RESEDÁ 2008, p. 253-254).

Marinangelo (2016, p. 83) aponta que a maior das críticas feitas aos *punitive damages* são as indenizações com valores expressivos, que fazem alguns juristas equipara-los à loteria, mas ressalta que isso não coincide com a verdade.

Pizarro (1996 apud SERPA, 2011, p. 230) advoga que:

[...] Quem sofre um dano tem direito a ser ressarcido de maneira integral. Isto significa que o dano, qualitativa e quantitativamente, marca o limite do direito à reparação. Diante dessa ideia, todo montante superior ao dano real que componha a indenização importa em enriquecimento injusto para o ofendido e um motivo para espoliação para o responsável.

Por outra perspectiva, já que o próprio artigo 944 do Código Civil impede uma indenização além do dano sofrido, eventual lucro obtido pelo ofendido seria uma vantagem revertida em favor deste. (MARINANGELO, 2016, p. 136)

O mesmo argumento foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP n.º 401358/PB para afastar a possibilidade da imposição do *punitive damages*. À época foi fundamentado que:

a aplicação irrestrita da ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.”

(STJ, RESP n.º 401358/PB, Relator: Juiz Federal Convocado Carlos Fernando Mathias; J. 05.03.2009).

Serpa (2011, p. 232) aponta que uma solução para o enriquecimento do ofendido seria ter sua causa justificada por uma decisão judicial, com base em uma indenização com caráter punitivo. Contudo, o autor não concorda com tal solução, pois o juiz estaria agindo arbitrariamente, violando a própria constituição, diante da falta de uma norma para aplicar tal punição.

Em outra toada, ULIAN (2003 apud SERPA, 2011, p. 232) apoiado por Serpa, propõe outra solução: a previsão legal (elemento indispensável), desta forma não seria considerado enriquecimento injusto a incidência de indenização punitiva.

Mesmo assim, parte da doutrina acredita que, mesmo com previsão legal, a incidência do *punitive damages* acarretaria um enriquecimento ilícito se o destinatário fosse aquele que sofreu o dano. Os que advogam sobre essa tese, o enriquecimento sem causa somente seria evitado se o valor fosse remetido ao fundo público ou entidade beneficente. (SERPA, 2011, p. 232).

Nesse sentido, Tartuce (2011, p. 111-112) comenta sobre o acórdão do Recurso Cível n. 71001281054 da 1ª Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul que destinou o valor da indenização para o fundo de proteção aos consumidores do estado. A fundamentação do acórdão menciona o caráter pedagógico e punitivo da responsabilidade civil; ressalta também a presença de danos sociais (outra modalidade de dano, além dos já citados).

Contudo Pizarro (1996 apud SERPA, 2011, p. 232) não compartilha desse pensamento e leciona que “não existe obstáculo algum para que uma lei possa autorizar punições pecuniárias nos casos de cometimento de ilícitos graves, nem para que os montantes delas decorrentes sejam destinadas aos próprios ofendidos.”.

Nader (2016, p. 16) aponta que há hipótese de enriquecimento injusto autorizado por lei:

o sistema jurídico pátrio rejeite o enriquecimento sem causa, não comportando, pois, os *punitive damages*, em contrapartida, na esfera processual civil admite as *astreintes* [...] Como o descumprimento prolongado da obrigação pode elevar a pena pecuniária a valores exorbitantes, as *astreintes* possuem efeito preventivo contra a inadimplência. E, como tais

valores são revertidos ao creditor, tem-se a possibilidade da configuração do enriquecimento injusto na prática.

Sustenta-se a necessidade de positivação do instituto para que este entrave legal não comine em um enriquecimento sem causa, mesmo que a decisão seja devidamente fundamentada, pois encontraria óbice na própria Constituição Federal.

3.2.2 Indústria do dano moral e da securitização

Há um certo temor também com a adoção do instituto da indenização punitiva quando ocorrer a condenação de um valor indevido, considerada muito acima à qual o ofendido teria direito, fomentando ainda mais a “indústria do dano moral”. (SERPA, 2011, p. 197-198). Schreiber (2009 apud SERPA, 2011, p. 199) leciona sobre essa “indústria”:

mais do que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo indústria anuncia é uma frontal rejeição à produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial

Contudo, o *punitive damages* não deve servir como fomento para a “litigância frívola”, que além disso, não deve ser incentivada pelo abuso de indivíduos que ingressam com ação requerendo indenização a qual não faz jus. Os Tribunais ainda podem contribuir para esse fomento da indústria do dano moral ao passar a ideia de que a indenização punitiva é utilizada para o enriquecimento ilícito daquele que pleiteia. (SERPA, 2011, p. 200).

Nesse sentido, Serpa (2011, p. 201-202) aponta duas medidas que podem evitar erros judiciais: “(i) a possibilidade de revisão do mérito das decisões judiciais; e (ii) a improcedência de demandas efetivamente ilegítimas”. Uma solução adotada pelos Estados Unidos foi a utilização do “windfall payment”. Esse instituto impede que o valor arbitrado do *punitive damages* seja concedido integralmente ao ofendido, destinando parcialmente ou totalmente o valor para um fundo público.

Ocorre que, tomando por exemplo os Estados Unidos, país este que possui grande aplicação de indenização punitiva, sendo que de acordo com o Departamento de Justiça norte americano, em 2001, apenas em 6% (seis por cento) dos 6.504 (seis

mil e quinhentos e quatro) processos judiciais foram concedidos os *punitive damages*. Os valores arbitrados de litígios contratuais foram de U\$ 80.000,00 (oitenta e três mil dólares americanos) e nas ações envolvendo *torts*, foram arbitrados U\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos). Apenas em 39 % (trinta e nove por cento) dos casos os *punitive damages* excederam o valor da reparação, *compensatory damages*. (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005 apud MARINANGELO, 2016, p. 138-139)

No ano de 2005, a porcentagem foi ainda menor, o instituto foi concedido em 5% (cinco por cento) de 14.359 (quatorze mil e trezentos e cinquenta e nove) casos, ou seja, 700 (setecentos) casos, onde a média dos valores arbitrados foi de 64.000,00 (sessenta e quatro mil dólares americanos), 13% (treze por cento) acima de U\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos) e 30% (trinta por cento) em torno de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares americanos). (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005 apud MARINANGELO, 2016, p. 139)

Apenas em 76% (setenta e seis por cento) de 632 (seiscentos e trinta e dois) processos, que versavam sobre *compensatory* e *punitive damages* a razão do valor foi de 3 (três) para 1 (um) ou menos, a média de valor foi similar, cerca de U\$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos). Para os casos em que a razão foi inversa, a média dos valores arbitrados a título de *compensatory* foi de cerca de U\$ 22.000,00 (vinte e dois mil dólares americanos) e de *punitive damages*, U\$ 352.000,00 (trezentos e cinquenta e dois mil dólares americanos). (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005 apud MARINANGELO, 2016, p. 139)

Cumpra-se ressaltar a decisão da Suprema Corte, de 7 de abril de 2003, que considerou inconstitucional o arbitramento de *punitive damages* em valor superior a 4 vezes de *compensatory damages*. (STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE COMPANY V. CAMPBELL, 2003 apud MARINANGELO, 2016, p. 140). Por esses motivos, Marinangelo (2016, p. 140) pondera:

não pairam dúvidas sobre a razoabilidade dos valores concedidos a título de indenização punitiva nas cortes norte-americanas. Alerta-se, porém que razoabilidade não se confunde com modicidade. Os *punitive damages* por natureza não podem ser módicos, pois os tornariam inócuos aos fins a que se destinam, mas podem, como vimos, serem arbitrados com razoabilidade, em especial quando essa tarefa é exercida pelo juiz e não pelo júri, composto por leigos sem capacitação técnica e sujeito às emoções naturais de quem pode estar na mesma situação do demandante.

Owen (1994, p. 385) aponta que para que o valor da indenização seja preciso é necessário que: (i) o júri entendam corretamente a natureza da indenização punitiva, suas condições, requisitos de aplicabilidade; (ii) que as evidências para aplicação foram examinadas corretamente; (iii) que a incidência ou não do instituto seja devidamente fundamentada pela norma, doutrina e jurisprudência.

Contudo, no ordenamento jurídico pátrio, a quantificação da indenização não estaria sob responsabilidade de um júri, mas exclusivamente do magistrado.

Nesse sentido, ao transpor o instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário ter certo pudor, para que as indenizações não tomem proporções absurdas ou irreais. Para isso, é necessário que o juiz se atente a “alcançar os fins desejados pela sociedade, de obter o devido restabelecimento ético das relações humanas, a preservação dos valores jurídicos e a manutenção saudável da economia. (MARINANGELO, 2016, p. 141).

Mesmo diante desses dados e dos argumentos trazidos, as empresas alegam excesso nas sanções, chamadas de *overdeterrence*, que poderia causar uma saída do mercado, ante a aplicação de *punitive damages*. Causa aflição também às empresas que prestam seguros, e aos juristas, tendo em vista que cabe ao júri, sem o devido preparo profissional, determinar a aplicação do instituto. (ROSENVALD, 2017, p. 195)

O fenômeno da securitização, segundo o qual o valor estabelecido de indenização é transferido para uma companhia de seguros, causa defasagem na função preventiva que objetiva a responsabilidade civil. (MARINANGELO, 2016, p. 110)

Elucida Serpa (2011, p. 154) que a ideia de integral reparação de todos e quaisquer danos fomentou a celebração de contratos de seguro de responsabilidade civil e do desenvolvimento da seguridade social. A consequência disso é uma transferência da responsabilidade e dos riscos da atividade para as seguradoras e para os fundos de gestão público. O autor ainda se remete sobre a jurisprudência que possibilitou o ofendido propôs-se ação em face das seguradoras.

Para Noronha (2007 apud SERPA, 2011, p. 146) os seguros de responsabilidade civil visam:

[...] garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade das pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo.

Nesse sentido, Noronha (2007 apud SERPA, 2011, p. 146-147). explana que a coletivização da responsabilidade ou “socialização dos riscos” é “o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para a reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas”. O autor ainda exemplifica com o desenvolvimento da seguridade social que para ele tem:

[...] um objetivo que vai além do da previdência social: visa garantir a reparação, a cargo da própria sociedade, dos principais danos corpóreos que as pessoas podem sofrer com a morte a incapacidade para o trabalho” e os seguros de responsabilidade civil. (NORONHA 2007 apud SERPA, 2011, p. 146-147).

Lopez (2010 apud SERPA, 2011, p. 147) faz uma crítica interessante no sentido de que esse tipo de seguro pois “perde importância a fundamentação da responsabilidade na teoria da culpa ou de risco”. Serpa (2011, p. 147) conclui que:

Deixa-se, então de perquirir sobre as regras de imputação, de procurar pelo responsável pelo dano causado, para passar a analisar tão-somente quem é a vítima e quanto ela perdeu. Retiram-se por completo, os holofotes do ofensor e da conduta por ele perpetrada para focalizar apenas o prejuízo e prejudicado, buscando-se dessa sorte, o ressarcimento integral do prejuízo, e a eliminação de todos os prejuízos suportados.

Por outro lado, justamente por conta dessa indústria da securitização deflagra-se a ineficiência da função preventiva do modelo ressarcitório atual. Sendo assim, seria necessário olhar as funções preventivas e punitivas da responsabilidade civil com “roupagem menos primitiva”. Nesse sentido, a indenização punitiva teria papel fundamental para tornar efetiva a função preventiva da responsabilidade civil. (Marinangelo, 2016, p. 112).

Em outra toada, o instituto também afeta as companhias de seguros, pois nos Estados Unidos por exemplo é muito difícil vender seguro que não abarque esse tipo de indenização. Uma solução é estabelecer um limite para o valor da indenização,

no entanto, as companhias têm permanecido silente na elaboração do contrato, e só há cobertura para os *exemplary damages* se estiver expresso. (EBERT, 2009, p. 216-217).

3.2.3 *Non Bis in idem*

Outra objeção que merece destaque concerne a vedação à dupla condenação, que versa sobre a impossibilidade de punir um indivíduo duas vezes pelo mesmo delito, prevista, implicitamente, no artigo 8º, n. 4 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. (NUCCI, 2019, p. 31).

Os que defendem a impossibilidade da imposição de sanção por ramos diferentes, ainda que a possua estrutura diferenciada: na esfera civil a sanção em pecúnia, na esfera penal a privação da liberdade. Lourenço (2006 apud SERPA, 2011, p. 2011) nesse sentido advoga:

Quanto a punição civil pecuniária excede a indenização, a função punitiva da responsabilidade civil assume a autonomia em relação à reparação e, eventualmente, pode interceptar a função punitiva da responsabilidade penal. Com a conduta seja prevista e punida pela lei penal, a punição civil não poderá ser aplicada ao mesmo tempo que a punição penal, sob pena de violação do princípio do non bis in idem.

Nessa senda, imputar esse tipo de decisão ao juiz civil sem norma autorizadora para a aplicação do instituto, enseja no risco do agressor ser punido duas vezes pelo mesmo fato, esse é um motivo importante para se afastar o caráter punitivo da indenização civil. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 68).

De outro lado alega-se a autonomia entre a esfera civil e criminal, Resedá (2008, p. 40) afirma que “não se pode falar em dependência entre ambas responsabilidades. O artigo 935 do Código Civil é cristalino ao tratar do tema quanto estampa para o operador do direito que ‘a responsabilidade civil é independente da criminal’”.

Complementando essa tese, Resedá (2008, p. 280) questiona por que utilizar a alegação do *bis in idem* para o *exemplary damage*, tendo em vista que há muitas outras situações em que uma punição no âmbito penal reflete no âmbito civil, imputando também o dever de reparar nesta.

Ademais, o autor não enxerga a indenização punitiva como pena, mas um “acréscimo concedido à indenização em razão dos danos morais para apresentar ao ofensor a reprovabilidade social”. (RESEDÁ, 2008, p. 281)

Em outra toada, Serpa (2011, p. 211-212) advoga pela possibilidade da aplicação simultânea de punições em ramos diferentes do direito, mesmo que possuam a mesma estrutura: imposição de indenização pecuniária na esfera civil e de multa na esfera criminal. Nos Estados Unidos, país que adota o *common law*, é possível identificar a orientação jurisprudencial de admitir a cumulação dessas condenações em decorrência de um mesmo ato, com base principalmente na ideia de que a 5ª Emenda à Constituição Americana, que veda a dupla condenação, não é aplicável ao ramo do direito civil.

Para evitar excessos, que causaria uma sanção desproporcional, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006 apud SERPA, 213) aponta a utilização de dois critérios para quantificar a indenização punitiva para os magistrados: (i) considerar a possibilidade de existir outros lesados, além daquele que propôs a ação indenizatória, mas tão legitimado quanto, para deduzir do valor final da indenização a parcela que incumbiria à eles; (ii) determinar e seguir precedentes que impuseram a indenização punitiva para o mesmo tipo de ato ou atividade.

Contudo, há dois fatores a serem levados em consideração dentro dessa hipótese: a possibilidade de levar o ofensor à insolvência ou a (não) compensação efetiva do prejuízo causado. (SERPA, 2011, p. 214). Para sanar esse conflito CARVAL (1995 apud SERPA, 2011, p. 215) apresenta uma solução admitindo apenas uma condenação de indenização punitiva por ato ilícito, levando-se em consideração apenas a quantidade concreta de vítimas, sendo que as pretensões futuras devem ser jugadas improcedentes.

3.2.4 *Incompatibilidade entre punição e Direito Civil*

A dicotomia entre punição e Direito Civil é mais um aspecto importante que merece atenção, isso porque incumbe exclusivamente ao Direito Penal a competência de punir o transgressor pelos ilícitos cometidos. (SERPA, 2011, .186).

O professor Theodoro Júnior (2016, p. 61) ressalta que ao Estado foi conferido a função de aplicar sanções a fim de reprimir delitos, ensejando em um desdobramento em uma separação entre responsabilidade penal, que castiga o delinquente e responsabilidade civil que obriga ao ofensor reparar à vítima pelo dano cometido. Assim, apenas ao Estado incumbe aplicar punição, no âmbito civil a vítima deve procurar o ressarcimento pelos prejuízos.

Nesse sentido, a função da responsabilidade civil não é punir, mas ressarcir, de modo que, após a divisão entre a responsabilidade civil e penal, o objeto da ação no âmbito civil é de “perdas e danos”, o ofendido perdeu o direito de punir a quem lhe causa danos. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 65).

No Recurso Repetitivo REsp 1.354.536/SE da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão julgado em 2014, resta evidente que a função punitiva não recai sobre o Direito Civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) **é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo**; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de "defeso" - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; f) no caso concreto, os honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação arbitrada para o acidente - em atenção às características específicas da

demanda e à ampla dilação probatória -, mostram-se adequados, não se justificando a revisão, em sede de recurso especial. 2. Recursos especiais não providos. (grifo nosso).

O caso em questão versa sobre ação de indenização por dano ambiental proposta por uma pescadora em face da Petrobras, em decorrência de um vazamento de petróleo nas águas do Rio Sergipe em 2008, ocasionando na morte de diversos animais. A autora requereu indenização por danos materiais e morais. A sentença julgou parcialmente procedente e condenou a ré ao pagamento de R\$ 250 (duzentos e cinquenta reais) a título de lucros cessantes e R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) a título de danos morais.

Em sede de apelação o recurso do réu foi provido e o valor arbitrado dos danos morais reduzido. Irresignadas, as partes recorreram para o Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial. O acórdão negou provimento a ambos os recursos. Vale destacar o voto do ministro relator Luis Felipe Salomão que utilizou como fundamentação para afastar a função punitiva da indenização a incompatibilidade de punição com o direito civil.

Contudo, Serpa (2011, p. 187-188) apresenta dois argumentos que desconstroem a ideia de incompatibilidade do Direito Civil e da indenização punitiva. O primeiro é de que sanções são exclusivas do Direito Penal, e inexistentes nos demais ramos do Direito. Nesse sentido, o autor faz uma diferenciação entre sanção jurídica e pena, sendo que o primeiro seria o gênero e o segundo a espécie. Para melhor compreensão, Ascensão (2005) nos apresenta a definição de sanção: a consequência jurídica da violação de uma norma jurídica e faz uma subdivisão em cinco espécies de sanções: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas. (apud SERPA, 2011, p. 187).

Frise-se que a culpa levíssima é suficiente para gerar o dever de indenizar na esfera civil, ao contrário do direito penal, onde é necessária análise mais aprofundada da intensidade de culpa da prática delituosa. (RESERÁ, 2008)

Na verdade, o *punitive damage* é um meio termo entre o direito civil e o direito penal, tendo em vista sua natureza possui características dos dois ramos, tese defendida por Owen (1994, p. 365):

punitive damages are, in a real sense "quasi-criminal," standing half-way between the civil and the criminal law. They are "awarded" as "damages" to a plaintiff against a defendant in a private lawsuit; yet the purpose of such assessments in most jurisdictions is explicitly held to be noncompensatory and in the nature of a penal fine.⁴

Nessa toada, inserir um acréscimo à condenação a título de indenização punitiva “é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente, ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de legislação especial e adequada, com propósitos muito diferentes dos que o direito privado persegue.” (THODORO JÚNIOR, 2016, p. 66).

No entanto, outros ramos do Direito possuem imposição de sanção em caso de descumprimento de alguma norma. Por exemplo: a imposição de multa por litigância de má-fé, esculpido no artigo 79 do Código de Processo Civil; ou por conduta atentatória à dignidade da justiça, disposto no artigo 774 do mesmo diploma legal.

O Código Civil de 2002 também prevê uma série de sanções: o artigo 33 parágrafo único impõe para o sucessor que se ausentar voluntariamente e injustificavelmente o perdimento dos frutos dos bens do ausente; o artigo 150 dispõe sobre impossibilidade de anulação de negócio jurídico em hipótese de dolo de ambas as partes; na parte especial do código, o artigo 407 prevê o juro de mora para o devedor inadimplente; a cláusula penal disposto no artigo 416; e, nesse sentido as arras prevista no artigo 417 ao 419. Nestes artigos resta evidente a função punitiva exercida pelo direito civil. (SERPA, 2011, p. 192-196).

3.2.5 Ausência de norma autorizadora

A ausência de norma que autorize a imposição de indenização punitiva é um aspecto importante a ser ressaltado no ordenamento jurídico brasileiro. Essa impossibilidade advém do princípio da legalidade, *nulla poena sine lege*, esculpido pelo artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Magna:

“[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. [...] O art. 5º, XXXIX, da CF/88, contém, em verdade, duas normas e máximas básicas e, igualmente, não há pena sem lei precedente que a comine. Em outros termos, a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se

⁴ A indenização punitiva é uma espécie de “quase-criminal”, estando no meio do direito civil e penal. É concedido ao autor em face do réu em uma ação privada, mas o objetivo não é de compensação e sim a aplicação de uma multa em caráter criminal. (tradução nossa).

houver lei prévia que considere a conduta como crime. A fórmula “não há pena” explicita que a sanção criminal, a pena ou a medida de segurança somente poderão ser aplicadas se previamente previstas em lei.” Mendes (2012, p. 328-329)

Ao considerar que determinada conduta deva ser penalizada civilmente, leva-se em consideração o ato em si, independentemente das consequências. Esse tipo de sanção visa inibir comportamentos similares que colocam em perigo a sociedade. Contudo, os artigos 186 e 927 do Código Civil não são artigos autorizadores da pena civil. (ROSENVALD, 2017, p. 261).

Nesse contexto, Gonçalves (2005 apud SERPA, 2011, p. 215) leciona:

A adoção específica da indenização punitiva não prescinde de um modelo de conformação constitucional. Nesse contexto, é necessário articular o pedido de indenização punitiva com base em algum dispositivo legal que permita essa articulação, isto é, com respeito ao princípio da legalidade.

Serpa (2011, p. 215-216) aponta que apesar da previsão do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, representar uma exceção ao princípio da reparação integral, não pode ser utilizado para justificar como forma de aplicação de indenização punitiva. De fato, tal artigo permite a verificação do grau de culpa do ofensor para definir o *quantum* indenizatório, mas apenas para reduzi-lo.

O artigo 945 do Código Civil, igualmente não pode ser utilizado como embasamento para impor a indenização punitiva, isso porque segundo Calixto (2008 apud SERPA, 2011, p. 216) o referido artigo refere-se a “[...] concorrência de causas, sendo resolvida à luz das reflexões acerca do nexos de causalidade, e não de culpa”. Além disso, bem como o artigo antecessor, este também é utilizado para reduzir o *quantum* indenizatório. (SERPA, 2011, p. 217).

No entanto, seria possível utilizar a abertura dada pelo legislador ao artigo 12 do Código Civil: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Facilitando a edição de futuras normas punitivas. (ROSENVALD, 2017, p. 263)

Além dos limites impostos pela lei, ou pela falta dela, três princípios também impedem a adoção da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro: o

princípio da legalidade das penas; princípio da reparação integral; e a vedação ao enriquecimento sem causa.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla hipóteses de indenização punitiva, a título de exemplificação: a cobrança indevida prevista no artigo 940 do Código Civil e 42, parágrafo único do Código do Consumidor; a construção de má-fé que invade solo alheio, à vista do parágrafo único do artigo 1.258 do Código Civil. Dessa forma, não haveria incompatibilidade do instituto com o direito brasileiro. O questionamento que deve ser feito é se a sanção civil não pode existir sem prévia lei que a estabeleça. As esferas do direito possuem autonomia e conseqüentemente possuem regime de sanção próprio. Contudo, a indenização em favor do prejudicado, no caso, sanção civil, não se submete ao regime da reserva legal esculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna. (COELHO, 2012, p. 865-866) Pois:

se fosse aplicável à liquidação dos danos o art. 5º, XXXIX, da CF, a indenização moral não caberia nas hipóteses de responsabilidade objetiva (estranhas às relações de consumo) em que inexistisse específica previsão legal, já que a norma de âmbito geral do art. 186 do CC aplica-se apenas à responsabilidade subjetiva. (COELHO, 2012, p. 866).

O princípio da legalidade das penas é posto como limitador para a implementação do instituto da indenização punitiva. Isso porque as sanções com função punitiva são análogas às sanções contidas no Direito Penal, de modo que é necessário previsão legal para sua imposição, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil. (SERPA, 2011, p. 217). Theodoro Júnior (2016, p. 62) alerta que “aplicar judicialmente uma pena sem prévia estipulação em lei não só contraria a garantia da legalidade das penas como a do devido processo legal, já que nesta garantia se inclui também a de que o juiz deve julgar segundo as leis existentes.”

Em entendimento contrário, países com raiz romano-germânica que adotam institutos semelhantes ao da indenização punitiva justificam com uma distinção ontológica entre sanção penal e sanção no âmbito civil, e por isto a última não estaria submetida ao princípio da legalidade das penas (SERPA, 2011, p. 218).

Nessa toada, não se deve comparar o instituto do *punitive damage* com qualquer tipo penal positivado, pois é flagrante que os danos causados estão em patamares diferentes, e por esse motivo, apesar do instituto ser muito próximo ao

Direito Penal, não se pode utilizar o argumento do princípio da reserva legal para descartar a possibilidade de aplicação do instituto. (RESEDÁ, 2008, p. 278). Por esse ângulo, ULIAN (2003) expõe que as sanções “distinguem-se pela intensidade e pela gravidade com que atingem os direitos do condenado” (apud SERPA, 2011, p. 218).

Além de somente abranger as questões atinentes ao Direito Penal, não há motivo para ampliar sua aplicação ao âmbito civil, pois a existência do princípio da reserva legal são motivadas pelo próprio direito criminal, de modo que adotar essa tese para impossibilitar a aplicação da indenização punitiva seria mitigar o poder do magistrado de resolver conflitos. Isso porque o Poder Judiciário visa primordialmente a manutenção da paz social. (RESEDÁ, 2008, p. 278).

Contudo, há um questionamento importante a ser levantado, que coloca em dúvida as teses desses autores, no sentido de que:

Não nos parece que se possa distinguir as sanções punitivas, sejam elas oriundas de Direito Privado ou Público, com fundamento em seu suposto “fator estigmatizante”, ou em uma suposta diferenciação estrutural característica, consistente da possibilidade de se restringir determinados direitos, [...] para dessa tentativa de distinção (que nos parece artificial), procurar extrair a consequência de que o princípio da reserva legal seria inaplicável às sanções punitivas típicas do Direito Privado. (SERPA, 2011, p. 219-220).

Além disso, a sanção civil também pode ter um efeito “estigmatizante” no que tange por exemplo à efeitos de caráter reprovável pela sociedade das instituições da deserdação e da indignidade. Sendo assim, não seria um fator que poderia ser motivo de distinção das sanções, principalmente por não ser característica exclusiva das punições do Direito Público (SERPA, 2011, p. 220).

Apesar do efeito estigmatizante e da diferenciação, Rosenvald (2017, p 265) advoga que se deve estender as mesmas garantias constitucionais, alusivas às penas criminais, ao direito civil, incluindo a *nulla poena sine lege* e *nulla poena sine culpa*.

Um segundo argumento levantado pela doutrina é que o direito civil busca a proteção dos direitos de personalidade, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal em vigência. Com

efeito, é necessário que seja possível aplicar sanções para garantir tais direitos, mesmo que tenham funções punitivas e dissuasórias. (SERPA, 2011, p. 222).

Contudo, Serpa (2010, p. 223), alude que o princípio da reserva legal está diretamente ligado a proteção à dignidade da pessoa humana, princípio este fundamental no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o autor expõe:

Não nos parece admissível, portanto, que se desrespeite o princípio da reserva legal em favor da suposta proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que, em assim o fazendo, estar-se-ia cometendo outra infração, lesando-se, desta vez, não apenas os direitos do próprio ofensor (que seria punido de maneira injustificada, mas, também, reduzindo-se as condições de convivência social (uma vez, em última análise, estar-se-ia permitindo a atuação arbitrária do julgador [...]).

Ademais, para que o instituto do *punitive damages* atinja sua função punitiva e preventiva, é necessário que o potencial ofensor tenha conhecimento que para seu ato ilícito é possível a imposição de sanção, bem como saber dos critérios de mensuração dessa pena. Isto só pode ser feito em ordenamentos jurídicos com raiz romano-germânica por meio da norma. Por fim, o autor conclui que não existem diferenciações ontológicas entre sanções no Direito. (SERPA, 2011, p. 224-226).

Por seguinte, a inclusão do princípio da reparação integral do Código Civil de 2002, esculpido em seu artigo 944 também dificulta a implementação da indenização punitiva. Nesse sentido, Sanseverino (2010, p. 74) leciona sobre a função indenitória o qual estabelece que “a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização” e por isso “a extensão dos danos funciona como teto indenizatório, impedindo uma indenização superior ao seu montante efetivo”. Justamente por esse motivo, a imposição da indenização punitiva estaria impedida. (MARINANGELO, 2016, p. 108-109)

Marinangelo (2016, p. 104) leciona:

A reparação civil envolve a ideia de indenizar, ou seja, de restabelecer a situação jurídica lesada ao status quo ante. Esse restabelecimento, via de regra, dá-se por meio da reparação natural ou da reparação em pecúnia. O cabimento, ou não, dessas formas de reparação dependerão da natureza do dano (extrapatrimonial ou patrimonial), da possibilidade e mesmo do interesse do credor.

O aludido autor ainda ressalta que o Código Civil brasileiro possui preferência pela reparação *in natura*, nos termos do artigo 947, que tem como base a

restituição ao lesado do mesmo bem que lhe foi tirado. A principal função exercida tanto pela indenização natural ou pecuniária é a reparação integral. Embora a primeira hipótese tenha a restauração mais facilitada, a função somente alcançará a plenitude quanto todos os danos forem indenizados. (MARINANGELO, 2016, p. 105-107).

Em sentido contrário, ULIAN (2003 apud SERPA, 2011, p. 227-228) advoga que há exceções: cláusulas contratuais que limitam a responsabilidade civil, cláusulas penais, e a redução equitativa do valor indenizatório em decorrência da falta de proporção entre culpa e dano, esculpido no artigo 944, parágrafo púnico, do Código Civil; e a redução do valor da indenização em decorrência da culpa corrente, prevista no artigo 945 do mesmo Código. Além disso, a reparação integral não pode ser utilizada para arbitrar o valor dos danos morais.

Serpa (2011, p. 228-229) discorda veementemente, de modo que o princípio da reparação integral deve incidir sobre qualquer indenização, mesmo que de forma mitigada, e a majoração além da extensão do dano só seria possível com prévia determinação legal. Ademais, o princípio não deve ser afastado nos casos de indenização por danos morais, ainda que aplicado de forma mitigada.

Corroborando com essa tese, Sanseverino (2010, p. 271) expõe que:

A principal dificuldade para a aplicação do princípio da reparação integral na quantificação da indenização por dano extrapatrimonial situa-se exatamente nesse ponto: a ausência de conteúdo patrimonial dos prejuízos sofridos pela vítima. Com isso, torna-se difícil a fixação, em dinheiro, de uma indenização compensatória, como ocorre nos prejuízos patrimoniais [...]. Essa dificuldade, entretanto, não afasta completamente a incidência do princípio da reparação integral no arbitramento da indenização correspondente aos prejuízos extrapatrimoniais, que pode ser aplicado de forma mitigada.

O judiciário tem o dever legal de enfrentar qualquer questão levada ao seu conhecimento, mas por conta da ausência de norma jurídica que regulamente o instituto, a imposição da indenização punitiva seria apenas uma majoração do dano compensatório. (LEMOS, 2014, p. 190-192).

Andrade (2006, p. 147) defende a adoção da indenização punitiva, e nos apresenta argumentos baseados no artigo 1º e 5º da Constituição Federal vigente:

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente do princípio constitucional. É no princípio da

dignidade humana, estabelecido no art. 1^a, inciso, III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5^o, inciso V e X, da Constituição brasileira. [...] ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.

Nesse sentido, é necessário instrumentos fora da seara penal para garantir os direitos fundamentais dispostos na Carta Magna, até porque algumas condutas como ofensas à dignidade humana e direitos da personalidade escapam do alcance do Direito Penal. Além disso, nos casos em que a justiça criminal alcança essas condutas, nem sempre a sanção imposta será suficiente, sendo a indenização punitiva elemento indispensável. (ANDRADE, 2006, p. 148).

Diante da ineficiência da função preventiva e da necessidade de sua completa efetividade, discorre Marinangelo (2016, p. 114):

os direitos fundamentais se notabilizam pelo caráter extrapatrimonial, interesse esses caracterizados por não comportarem solução indenizatória ou compensatória satisfatória, a exigir, como parece óbvio, a implementação de medidas que inibam o dano às situações existenciais.

Por essa perspectiva, a reparação de danos extrapatrimoniais compreende cumulativamente as funções compensatória e punitiva, e seria capaz de tornar viável a aplicação da indenização punitiva. Ademais, esses danos não estão submetidos ao artigo 944 do Código Civil, cujo determina que a indenização se mede pela extensão do dano, sendo assim, a incidência de indenização punitiva estaria permitida. (MARINANGELO, 2016, p. 125-126).

Rosenvald (2017, p. 270) advoga que o princípio da reserva legal não deve ser utilizado como empecilho para adoção de indenização punitiva no ordenamento pátrio:

“[...] cremos que no direito civil o princípio da tipicidade não formula a mesma exigência de precisão e rigor das normas penais. Como importante subsídio da eficácia sancionatória de ilícitos civis de ordenação social, só será possível alcançar certas finalidades com alguma dose de mitigação com relação aos princípios de direito criminal.”

Embora o instituto não se encontre positivado, o Superior Tribunal de Justiça por meio do REsp 1120971/RJ abriu importante precedente ao majorar indenização como forma de desestímulo da conduta, ementado da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00. 1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de "corrupto desvairado". 2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República. 3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R\$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R\$ 150.000,00. 4.- Recurso Especial provido para fixação do valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (REsp 1120971/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 20/06/2012)

O caso em questão é de ação de indenização por danos morais diante de ofensa à honra, proposta pelo ex-presidente da república Fernando Affonso Collor de Mello em face da Editora Abril. O autor e recorrente no referido recurso alegou que ao arbitrar o valor da indenização o Tribunal de origem não levou em consideração o artigo 944 do Código Civil. Na fundamentação do acórdão restou evidente a intenção de dissuadir condutas futuras similares a da Editora Abril.

Apesar disso, verifica-se a necessidade máxima de positivação do instituto, para não incorrer em violação ao princípio constitucional da legalidade, de modo que seja possível gozar de seus benefícios. Pois, “se nem a lei incompleta por atribuída a outros órgãos a cominação de pena, muito menos pode o Judiciário, por iniciativa própria, considerar determinada conduta, nunca tipificada pelo legislador, como merecedora de punição” (THEDORO JÚNIOR, 2016, p. 63).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs uma análise comparativa entre a responsabilidade civil no Direito norte-americano com a utilização da indenização punitiva e a responsabilidade civil no Direito brasileiro.

Para isso, foi necessário realizar uma pesquisa sobre a evolução histórica do instituto, as delimitações que sofreu durante o tempo e seus pressupostos de incidência, bem como as funções que exerce: preventiva, punitiva e, com certa divergência doutrinária, compensatória.

Verificou-se os pressupostos e as funções que a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro exerce, apesar de divergência, fica claro que a condenação por danos morais possui um caráter punitivo.

Nessa perspectiva, verificou-se a eficiência do instituto ao dissuadir atos civis ilícitos, ensejando em uma proteção à coletividade, redução da vulnerabilidade nas relações jurídicas contratuais e de consumo, bem como a promoção da paz social. Cumpre-se ressaltar que não se conclui que *punitive damage* é a solução jurídica para essa natureza de conflitos, mas possui força para minimiza-los.

No entanto, a internalização do instituto não é tarefa simplista e enfrenta entraves jurídicos como a vedação ao enriquecimento sem causa, onde verificou-se a plena necessidade de normatização do instituto, para superar este óbice. Também foi abordado esta ausência de norma que autorize a incidência da indenização punitiva e, apesar da doutrina tentar encontrar soluções, como uma distinção entre direito civil e direito penal, e da jurisprudência brasileira aplicar o instituto excepcionalmente, é imprescindível a positivação do instituto.

Constatou-se que, conforme os dados apresentados sobre as condenações por *exemplary damages*, não há uma fomentação da “indústria do dano moral” e tão pouco prejuízo para às seguradoras, apesar destas trazerem certo empecilho para os objetivos que a indenização punitiva busca.

Por fim, a vedação ao princípio do *non bis in idem*, que não merece ser entrave legal, pois o instituto não deve ser visto como uma pena, apesar do caráter punitivo, mas um acréscimo ao valor da condenação.

Sendo assim, conclui-se pela que é viável a transposição da indenização punitiva para o ordenamento jurídico brasileiro, com ressalva da imprescindível posituação para não incorrer em violação ao princípio constitucional da legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, nº 36, p. 135-168, 2006. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. Enunciado 446 da V Jornada de Direito Civil Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>. Acesso em: 26 set. 2020.

_____. *Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. *Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.120.971 – RJ, da Terceira Turma. Recorrente: Fernando Affonso Collor de Mello. Recorrido: Editora Abril S.A. e Outros. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200801126537&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.477.630 – GO. Recorrente: Cidinaldo Wilson Boschini Martins Pereira Recorrido: Banco do Brasil S.A. Brasília, 03 de agosto de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201402167109&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.358 – PB, da Quarta Turma. Recorrente: Editora Abril S/A e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorrido: Editora Abril S/A e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Relator: Juiz Federal Convocado Carlos Fernandes Mathias. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200101691660&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.536 - SE, da Segunda Seção. Recorrente: Maria Gomes de Oliveira e Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: Maria Gomes de Oliveira e Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 de março de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201202466478&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, vol. 2: obrigações: responsabilidade civil** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

EBERT, Ina. Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives: Punitive Damages and Liability Insurance. In: PUNITIVE Damages: Common Law and Civil Law Perspectives. Vienna: SpringerWienNewYork, 2009. v. 25, p. 213-217. ISBN 978-3-211-92210-1. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-211-92211-8>. Acesso em: 11 jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3 – responsabilidade civil**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KOENIG, Thomas e RUSTAD, Michael. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254568186_The_Historical_Continuity_of_Punitive_Damages_Awards_Reforming_the_Tort_Reformers Acesso em: 26 set. 2020.

LEMOES, Vinicius Silva. **Dano punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 26, p. 179-201. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/7837/10757>. Acesso em: 07 set. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, v. 9 n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2487320>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MARINAGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo: **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza: **Manual de Direito Penal**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Acesso em: 25 set. 2020.

OWEN, David G. *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 *Vill. L. Rev.* 363 (1994). Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=law_facpub. Acesso em: 11 jun. 2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>. Acesso em: 07 set. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SERPA, PEDRO RICARDO E. **Indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/publico/Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf. Acesso em: 13 abril 2020.

SILVA, Rafael Peteffi; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p295>. Acesso em: 02 abril 2020.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **Função Punitiva dos Danos Morais: A experiência Estadunidense e Portuguesa e a Realidade Brasileira nos 15 anos do CCB**. RJBL, Rio Janeiro, n.6, p. 1505-1538, 2017.

TARTUCE, FLÁVIO. **Responsabilidade Civil objetiva e riscos – a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

TEPEDINO, Gustavo: **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. – 8 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Silvio de Santos. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.