



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

CAMPUS GOVERNADOR VALADARES

INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

ÁLISSON PAULO PACHECO

**APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL: um
debate na doutrina brasileira**

GOVERNADOR VALADARES

2020

ÁLISSON PAULO PACHECO

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL: um debate
na doutrina brasileira

Trabalho de conclusão de curso apresentado por Álisson Paulo Pacheco ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba.

Governador Valadares

2020

Álison Paulo Pacheco

Aplicação da função punitiva na responsabilidade civil: um debate na doutrina brasileira

Trabalho de conclusão de curso apresentado por Álison Paulo Pacheco ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba.

Aprovado em 19 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba – UFJF/GV (Orientador)

Prof. Me. Jean Filipe Domingos Ramos – UFJF/GV

Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro – UFJF/GV

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar cada passo da minha vida.

Aos meus pais e minha irmã, pelo carinho incondicional.

A minha namorada Palloma, meu porto seguro nas horas mais incertas.

Aos meus amigos Igor Jnani e Renato Manacés, por toda ajuda e amizade alimentada ao longo desses anos.

Aos demais amigos: Abab, Matheus, Pedro, Romário e Valéria, por todo o companheirismo e amizade.

Ao meu orientador, pela especial amizade. Pela caminhada em conjunto durante esse processo.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar se o atual ordenamento jurídico brasileiro autoriza a aplicação de uma função punitiva à responsabilidade civil. Para tanto, adota-se como metodologia a pesquisa bibliográfica realizada em parte da doutrina brasileira civilista, em conjunto com análise jurisprudencial e legislativa. Em princípio, abordam-se as diferenças entre função punitiva e função compensatória da responsabilidade civil fazendo um pequeno paralelo com os institutos norte-americanos dos *punitive damages* e *compensatory damages*. Em seguida, analisam-se, de forma crítica, os diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possível aplicação da função punitiva ao direito pátrio. Por fim, são abordadas algumas legislações que previam, em seu seio, a citada função, bem como se delineia uma crítica acerca da falta de autonomia da função punitiva. Conclui-se que, salvo a exceção promovida pela Reforma Trabalhista, *de lege lata*, não há no atual ordenamento disposição legal que sustente a aplicação de uma função punitiva à seara da responsabilidade civil.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Função Punitiva. Função Compensatória. Danos Extrapatrimoniais.

ABSTRACT

The present article has for objective analyse if the current Brazilian legal system authorizes the application of a punitive function to Civil Liability. For this purpose, the methodology adopted is the bibliographic research carried out in part of the Brazilian civilist doctrine, together with jurisprudential and legislative analysis. In principle, the differences between the punitive function and the compensatory function of Civil Liability are addressed by making a small parallel with the American institutes of punitive and compensatory damages. Next, the different doctrinal and jurisprudential positions on the possible application of the punitive function to the homeland law are critically analyzed. Finally, some legislations that provided, within them, the mentioned function are addressed, as well as a critique about the lack of autonomy of the punitive function. It is concluded that, except for the exception promoted by the Brazilian Labor Reform, there is no legal provision in the current system that supports the application of a punitive function to the area of Civil Liability.

Keywords: Civil Liability. Punitive Function. Compensatory Function. Extrapatrimonial Damages.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	8
2	FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1	Função punitiva vs. Função compensatória.....	10
2.2	Punitive Damages vs. Compensatory Damages	13
3	UMA FUNÇÃO <i>DE LEGE LATA</i>	16
3.1	Doutrina, jurisprudência e a dupla função do dano moral	16
3.2	Função punitiva na proteção a interesses transindividuais	19
3.3	Críticas a uma função <i>de lege lata</i>	21
4	UMA FUNÇÃO <i>DE LEGE FERENDA</i>	25
4.1	Terceira corrente: uma função <i>de lege ferenda</i>	25
4.2	Suposta previsão legal nos art. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil	26
4.3	Lei de Imprensa, Código Brasileiro de Telecomunicações e Reforma Trabalhista: uma abertura para a função punitiva	28
4.4	Abordagem autônoma da função punitiva e a imprescindibilidade de disposição legal	31
5	CONCLUSÃO.....	33
	REFERÊNCIAS.....	34

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna do século XXI, a lógica econômica, cujo objetivo último é o lucro, parece sobrepor-se as demais¹. Tal posição fica evidente quando empresas reduzem os danos provocados aos indivíduos à mera “rubrica de balanço”². Diante dessas questões, surge o questionamento acerca da(s) função(ões) que a responsabilidade civil deve adotar frente a essas violações. Assim, caberia à responsabilidade civil exercer, para além da reparação, uma função punitiva que vise inibir as condutas indesejáveis? Esse debate parece ter ganhado espaço nos últimos tempos.

A existência de uma função punitiva aplicada à responsabilidade civil não é tema pacífico. Na discussão acerca dos rumos que a moderna responsabilidade civil do século XXI deve tomar, se digladiam as mais variadas correntes³. A despeito de não ser um tema pacífico, o presente trabalho parte do pressuposto de que cabe a esta seara cumprir, para além da função compensatória, uma função punitiva.

Com base nessa premissa, busca-se investigar se o ordenamento jurídico brasileiro é compatível com uma função punitiva da responsabilidade civil. Em outras palavras, busca-se analisar se, atualmente, existe legislação que fundamente a aplicação da citada função (*de lege lata*), ou se é necessária uma criação legislativa que forneça sustentação a essa nova função (*de lege ferenda*).

Com o fito de investigar essa questão, examinam-se diferentes entendimentos presentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do tema. A metodologia constitui-se, portanto, em revisão bibliográfica, bem como em análise jurisprudencial e legislativa. Dessa maneira, para alcançar o objetivo do trabalho, este se estruturou em três capítulos.

No primeiro capítulo, traça-se um paralelo entre função punitiva e função compensatória da responsabilidade civil. São apresentadas, então, suas principais diferenças. Tendo por base esse escopo, analisa-se de maneira sintética os institutos norte-americano dos *punitive damages* em comparação aos *compensatory damages*.

1 LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

2 Ibid., p.12-13.

3 Ibid., p. 29.

No segundo capítulo, são abordadas duas correntes que, utilizando-se de diferentes fundamentações, argumentam que o atual ordenamento jurídico fornece os fundamentos legais que alicerçam a aplicação de uma função punitiva à seara da responsabilidade civil.

No terceiro capítulo, expõe-se a última corrente que, destoando das duas primeiras, defende que o ordenamento jurídico, ainda, não dispõe de base legal que sustente a aplicação da citada função. Ainda foi abordada uma peculiaridade encontrada na legislação trabalhista. Por fim, esboça-se uma análise crítica acerca da autonomia dessa nova função.

2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Função punitiva vs. Função compensatória

As ideias de punir e indenizar compartilham de uma mesma origem. Nas civilizações mais antigas não havia distinções entre reparação e punição, o que prevalecia, na verdade, era a concepção de “danos múltiplos”. Esses, por sua vez, ao mesmo tempo em que realizavam uma função reparatória ao tentar restabelecer o equilíbrio econômico rompido pelo dano, também impunham uma sanção ao ofensor, visto que o valor a ser calculado teria um fator multiplicador, o “múltiplo”, tornando-o maior que o efetivo prejuízo⁴.

Essa estreita relação entre pena e indenização foi se distanciando no processo de evolução do Direito Romano⁵, e ganhou contornos mais nítidos na Idade Média com a ideia de *justiça comutativa* propagada por São Tomas de Aquino. Tal noção buscava suprimir qualquer forma de enriquecimento injustificado inserindo a inaceitabilidade de recebimento, por parte da vítima, de uma soma que fosse maior que o dano sofrido, devendo receber, tão somente, a quantia referente ao prejuízo⁶. Dessa forma, a função reparatória foi dominando todo o direito das obrigações e retirando a responsabilidade civil da esfera da pena, bem como condicionando a indenização à extensão do dano⁷.

Atualmente, é travada uma verdadeira batalha no campo teórico acerca dos contornos que a responsabilidade civil deve tomar na sociedade contemporânea, em especial, as funções que ela deve exercer. Se por um lado a sua função restitutória parece não causar polêmicas, a sua possível função punitiva é causa para diversos embates na doutrina⁸. Para o autor Anderson Schreiber:

4 LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 37.

5 Ibid., p. 37.

6 ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 178.

7 Ibid., p. 179.

8 LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 29.

O avanço da responsabilidade objetiva e as alterações na própria noção de culpa têm conduzido a responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade (SCHREIBER, 2009, p. 209).

Seguindo a linha do autor acima mencionado, a indenização punitiva não teria lugar na sociedade contemporânea, uma vez que ela segue vias contrárias ao pautar-se no grau de culpa do agente e não no dano propriamente dito. Por outro lado, autores como Daniel Levy⁹ e Flávio Higa¹⁰ argumentam que ao lado da tradicional função compensatória também é substancial a criação de uma função punitiva, tendo em vista a insuficiência do paradigma meramente reparatório.

Embora a existência de uma função punitiva na responsabilidade civil não seja tema pacífico, conforme já exposto, o presente trabalho não se aprofundará neste debate. O que se objetiva é colocar em perspectiva e discutir se o ordenamento vigente permite a sua aplicação. Para tanto, faz-se necessário traçar um paralelo entre “função compensatória ou restitutória” e “função punitiva”.

Um dos objetivos primordiais da responsabilidade civil consiste na reparação dos danos. O dano causado pelo ilícito acaba por romper o equilíbrio jurídico-econômico existente entre a vítima e o lesante. Desse desequilíbrio surge a necessidade de movimentação do aparato judicial para recolocar a vítima no estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Isso ocorre por meio de uma indenização que deve ser proporcional à lesão sofrida. Nesse sentido, a função compensatória é marcada por sua relação direta com a extensão do dano¹¹.

A referida função encontra respaldo no chamado princípio da reparação integral. Esse princípio já aparecia nas primeiras codificações modernas, como no

9 “Hoje, não há dúvidas: a Responsabilidade civil reaproxima-se da culpa e o vínculo entre o ilícito civil e a sanção emerge a superfície após décadas de confinamento no positivismo estrito do Direito Privado. Se, durante muito tempo, a pretexto de reparar integralmente a vítima, fechavam-se os olhos para o ofensor, o cenário atual vem permitindo que se desprendam esses dois olhares, a fim de que a lógica de um não torne injusta a lógica do outro”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 36).

10 “A negação de uma faceta aflitiva da responsabilidade civil produz uma carência sistêmica, porquanto deixa uma lacuna na promoção de incentivos econômicos tanto à prevenção de acidentes quanto à dissuasão e punição de comportamentos indesejáveis”. (HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: os “Punitive Damages” no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 205).

11 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 26.

Código Napoleônico, sendo posteriormente abordado, mesmo que implicitamente, no Código Civil de 1916. Já no Código Civil de 2002, ganha contornos nítidos com a elaboração do art. 944 ao impor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”¹².

Paulo de Tarso Sanseverino, ao discorrer sobre o princípio da reparação integral, destaca três funções exercidas por ele. Em suas palavras:

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real) (SANSEVERINO, 2011, p. 58).

Como se observa a partir da exposição acima, o limite da reparação é o dano. À vista disso, não é aceito o acréscimo na parcela indenizatória sob outras justificativas que não tenham relação com a lesão provocada. Desse modo, os olhos do julgador devem se voltar, exclusivamente, para o dano e sua extensão.

Na função compensatória, o ponto central é o prejuízo suportado pela vítima, sendo que o dano representa um limite ao valor da indenização, conforme o art. 944, *caput*, do Código Civil de 2002. Já, na função punitiva, o ponto de maior relevância é a conduta praticada pelo ofensor, podendo majorar a sanção quanto mais censurável for seu comportamento¹³.

Tauanna Gonçalves Vianna, ao comentar Paolo Gallo, diz que a indenização punitiva – *pene private* – consiste na aplicação de uma quantia adicional a indenização que se fundamenta em critérios alheios à quantificação do prejuízo, constituindo-se em parcela autônoma¹⁴.

Corroborando desse entendimento, MARTINS-COSTA e PARGENDLER afirmam que, diferentemente da indenização compensatória, a indenização punitiva

12 CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit., p. 26.

13 SERPA, Pedro Ricardo E. **Indenização Punitiva**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 178.

14VIANNA, Tauanna Gonçalves. **Indenização Punitiva no Brasil: desafios e configurações**. In *Revista de Direito Privado*. v. 57, p. 179 – 198, Jan./Mar. 2014, p. 180.

tem como objetivo punir o culpado (autor do dano) servindo como dissuasão à prática de determinado comportamento. Assim, ela funciona como verdadeira pena privada¹⁵.

A função punitiva da responsabilidade civil se desenvolveu de forma mais clara nos Estados Unidos na figura dos *punitive damages*, em contraponto à função compensatória exercida pelos *compensatory damages*. Esse instituto, que parece exercer certo fascínio na jurisprudência pátria, é, muitas vezes, utilizado de forma equivocada¹⁶. Posto isso, far-se-á uma breve explanação acerca de suas características, sem qualquer intenção de esgotá-las.

2.2 Punitive Damages vs. Compensatory Damages

Os *punitive damages* ou *exemplary damages*¹⁷, com os contornos que conhecemos na era moderna¹⁸, surgiram na Inglaterra no século XVIII com os casos *Wilkes vs. Wood* e *Huckle vs. Money*¹⁹. Posteriormente migraram para os Estados Unidos com os julgamentos de *Genay vs. Norrise* e *Coryell vs. Colbaugh*²⁰.

Embora de origem inglesa, foi no cenário estadunidense que os *punitive damages* ganharam maior destaque. No entanto, há de se ressaltar que o instituto não é uniforme em solo norte-americano, uma vez que cada estado possui regulação própria, sendo que em alguns a sua aplicação é vedada, como ocorre em Nebraska²¹.

Segundo BODIN-MORAES, os *punitive damages*, na atual versão estadunidense, são indenizações destinadas às vítimas quando a conduta do

15 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. In *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

16 Conforme expõe MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” no direito brasileiro**. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, DF, n. 28, jan./mar. 2005.

17 Denominação que designa o instituto na Inglaterra.

18 Como destacado por HIGA, as referências históricas que remetem as punições civis remontam as civilizações antigas (HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 49-50). No mesmo sentido: SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 26.

19 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 54.

20 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 33.

21 LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 54.

ofensor for considerada maliciosa, violenta, opressiva, fraudulenta, ou com grave negligência²². Por sua vez, SERPA traz a seguinte conceituação para o instituto:

Quantia pecuniária, geralmente imposta por um corpo de jurados, como forma de sanção a um ato ilícito altamente reprovável, cuja função é a de punir o ofensor e de prevenir o cometimento de novos ilícitos futuros, e que, por fim, deve ser imposta ao ofensor em adendo e independentemente de eventual indenização compensatória a que possa fazer jus o ofendido (SERPA, 2011, p. 26).

Conforme se depreende do conceito acima, o escopo primordial dos *punitive damages* é a punição e dissuasão do ofensor, sendo entendida como uma indenização autônoma e independente. Ademais, tratando-se de uma verdadeira punição, todos os estados norte-americanos que aplicam o instituto exigem a presença de um fator subjetivo robusto. Este é oriundo de uma conduta dolosa ou de uma negligência grave, não sendo admitida a presença de mera negligência como justificativa para sua aplicação²³. Destarte, a configuração dos *punitive damages* enseja uma análise minuciosa dos elementos subjetivos da conduta do ofensor.

Por sua vez, os *compensatory damages* consistem em uma indenização que visa compensar a vítima de um dano pelos prejuízos por ela suportado. Essa indenização é composta por uma quantia em pecúnia suficiente para restituir a vítima ao *status quo ante*, assemelhando-se muito à indenização prevista no art. 944 do Código Civil de 2002. Desta forma, enquanto os *punitive damages*, como citado acima, destinam-se a punir e dissuadir o causador do dano, os *compensatory damages* tem como finalidade reparar o prejuízo decorrente do ato lesivo²⁴.

Uma das teorias²⁵ que buscam explicar as razões históricas para o surgimento dos *punitive damages* nos países da *common law* relata que seu advento se deu como justificativa para atribuição de indenização aos danos

22 BODIN-MORAES, Maria Celina. **Punitive Damages em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 18. Abr./jun. 2004. p. 56.

23 LEVY, Daniel de Andrade. op. cit., p. 58.

24 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 24.

25 Como relata SERPA, existe mais de uma teoria que busca fundamentar a origem dos *punitive damages* nos países da *common law* (ibid., p. 24).

imateriais, visto que, inicialmente, os *compensatory damages* cobriam, exclusivamente, os danos materiais²⁶.

Entretanto, a partir do século XIX, tanto os Estados Unidos como a Inglaterra ampliaram o conceito de *compensatory damages*, os quais passaram a abarcar, também, os danos de natureza extrapatrimonial. Desse modo, a original função compensatória exercida pelos *punitive damages* foi transferida para os *compensatory damages*. Assim, restou ao primeiro, tão somente, exercer uma punição e dissuasão perante o ofensor²⁷.

Não obstante, se no passado os *punitive damages* foram concebidos com uma função mista que ao mesmo tempo punia o ofensor por uma conduta reprovável e compensava a vítima pelos danos decorrentes dessa ação, hoje não é mais essa finalidade que sustenta sua aplicação na sociedade norte-americana. Embora abandonada nos Estados Unidos, essa dupla função, até hoje, é utilizada pelos Tribunais brasileiros no que tange à reparação dos danos extrapatrimoniais²⁸.

26 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit. p. 37.

27 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. op. cit., p. 18.

28 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 38.

3 UMA FUNÇÃO DE LEGE LATA

A responsabilidade civil tem se tornado um campo fértil para discussões teóricas. Se o cabimento de uma função punitiva não é tema pacífico²⁹, as correntes favoráveis a essa posição também não comungam da mesma fonte. As mais variadas fundamentações surgem como alicerce de suas posições.

Entre as correntes defensoras, em maior ou menor grau de uma função punitiva atrelada à responsabilidade civil, esse capítulo destacará duas que, apesar de se distanciarem em diversos aspectos, aproximam-se na medida em que sustentam que o direito brasileiro, no estado em que se encontra, autoriza a sua aplicação.

3.1 Doutrina, jurisprudência e a dupla função do dano moral

No passado, os danos morais eram compreendidos, basicamente, como uma ofensa capaz de gerar sentimentos humanos desagradáveis (dor, sofrimento). O pagamento de uma indenização em decorrência desses danos era visto como algo imoral, uma vez que esses interesses não poderiam ser mensurados e muito menos trocados por pecúnia. Assim, era necessário encontrar um fundamento que pudesse oferecer guarita a tais interesses³⁰.

Nesse sentido, a estrutura da pena privada – defendida em meados do século XX por Boris Starck – forneceu as justificativas necessárias. Isso porque a indenização estaria fundamentada na necessidade de sancionar o ofensor³¹, e não como forma de se estabelecer um preço pelo sofrimento do ofendido (*pretium doloris*).

Fazendo referência, de um lado, à amargura causada pelo dano e a necessidade de reparação e, de outro, o dever de se imputar uma punição ao causador dessa ofensa, parte da doutrina começou a sustentar a tese de que a compensação dos danos extrapatrimoniais teria como fundamento ambas as causas³².

29 Vide capítulo 2.1.

30 BODIN-MORAES, Maria Celina. op. cit. p. 50-52.

31 Argumento similar ao utilizado para fundamentar a origem dos *punitive damages*.

32 BODIN-MORAES, Maria Celina. op. cit.. p. 51.

Esse posicionamento já podia ser encontrado em autores como Caio Mário, para quem o dano moral deveria ter duas funções. A primeira, “um caráter punitivo” voltado para o causador do dano visando imprimir-lhe um castigo em face da ofensa que provocou. A segunda, “um caráter compensatório” voltado para a vítima que receberá uma soma em dinheiro capaz de proporcionar uma contra partida ao mal sofrido³³.

O caráter multifacetário dos danos morais também é repetido por Fernando Noronha. Segundo ele, a indenização deve exercer, para além da função compensatória, uma função sancionatória (ou punitiva) e uma função preventiva (ou dissuasória). Dessa maneira, ficaria a cargo da indenização por danos extrapatrimoniais conferir uma punição ao lesante – sobretudo se este agiu com forte culpa – ao mesmo tempo em que compensa a vítima e previne novas ocorrências³⁴.

Na esteira desse entendimento, menciona-se a elaboração do enunciado 458 da V Jornada de Direito Civil, que afirma: “O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”³⁵.

Embora o entendimento acerca dos danos morais tenha evoluído ao longo dos anos – sendo que hoje ele não se encontra adstrito a sentimentos humanos desagradáveis como a dor, angústia, sofrimento³⁶ – o caráter punitivo atrelado a esta reparação continua sendo repetido por grande parte da doutrina³⁷ e refletido na jurisprudência.

A tese da dupla função do dano moral tem sido emulada pelos tribunais pátrios. Estes encontram na compensação desses danos a possibilidade de se

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 73.

34 NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil**. In *Revista dos Tribunais*. v. 761, Mar. 1999, p. 38.

35 Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). V Jornada de Direito Civil. Enunciados aprovados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/409>> Acesso em: 10/09/2020.

36 Cite-se o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil que afirma: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). V Jornada de Direito Civil. Enunciados aprovados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 10/09/2020.

37 Para além dos autores mencionados, seguem esse entendimento: Flávio Tartuce e Bruno Miragem.

alcançar finalidades distintas³⁸. Nesse sentido, em acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, a Segunda Turma do STJ afirma que: “o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir”³⁹.

Para a concretização dessas finalidades, a jurisprudência vem sedimentando critérios para a aferição do valor da indenização que são voltados para a figura do ofensor, como se depreende do seguinte trecho de julgado do STJ:

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como **nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor** e do ofendido; **intensidade do dolo ou grau da culpa** (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis (grifo nosso). (BRASIL. STJ, REsp nº 355.392/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ: 16/06/2002).

Cabe ressaltar que embora a jurisprudência defenda que o valor da indenização deve estar acrescido de um montante tido como verdadeira punição com fim “pedagógico” – como destacou o julgado acima – esse valor não pode representar um enriquecimento injustificado para a vítima.

Deste modo, se por um lado os tribunais vislumbram na compensação dos danos extrapatrimoniais uma possibilidade de aumento do *quantum debeatur*, em contrapartida, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (previsto no art. 884 do Código Civil de 2002) impõe um limite a essa indenização, algo que se mostra contraditório, como será abordado posteriormente.

Como exposto, doutrina e jurisprudência veem na compensação por danos extrapatrimoniais a possibilidade de inserção de uma função punitiva, por hora até preventiva, na responsabilidade civil. Enquanto a indenização por danos de natureza patrimonial tem como única finalidade a reparação dos prejuízos causados (com

38 Daniel Levy argumenta que à medida que doutrina e jurisprudência incorporaram uma dupla função aos danos morais elas criam um verdadeiro “ator de dois personagens” (LEVY, Daniel de Andrade. op. cit., p. 67).

39 BRASIL. STJ. REsp nº 860.705/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon. DJ: 24/10/2006.

foco exclusivo no dano), a indenização por danos extrapatrimoniais é bifocal. Ela é voltada tanto para a punição do ofensor quanto para a compensação da vítima. Cumpre, assim, uma dupla função.

3.2 Função punitiva na proteção a interesses transindividuais

A necessidade de adoção de novas funções para a responsabilidade civil também vem sendo defendida por outras vozes, tais como a de Carolina Vaz. Segundo ela, as tradicionais funções (compensação/reparação) não são suficientes para dar conta do “apaziguamento social”⁴⁰ na era contemporânea. Deste modo, faz-se necessária uma intervenção do Poder Judiciário para que os autores de determinados ilícitos possam ser punidos e dissuadidos de suas práticas⁴¹. Diferentemente da posição anterior que restringia a punição à esfera dos direitos extrapatrimoniais, Caroline Vaz argumenta que ela deva ser aplicada na tutela de direitos fundamentais, sobretudo os direitos transindividuais⁴².

A autora tece argumentação no sentido de que, diante da ameaça a direitos coletivos tidos como “materialmente fundamentais”⁴³, o poder judiciário – diferente do que ocorre no âmbito dos outros poderes – não poderia escusar-se de seu dever constitucional de repelir tais ameaças⁴⁴, o que só seria efetivado com o reconhecimento de novas funções para a responsabilidade civil⁴⁵.

Caroline Vaz argumenta, ainda, que a ausência de previsão legislativa expressa⁴⁶ não obstará a aplicação das referidas funções, uma vez que a carência dessas normas poderia ser suprida pelo julgador por meio do uso da hermenêutica⁴⁷. Esse método hermenêutico seria fruto de uma conjugação dos princípios constitucionais da motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX,

40 VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – os punitive damages no Direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 95.

41 Ibid., p. 113.

42 Ibid., p. 118.

43 Ibid., p. 88.

44 Ibid., p. 92.

45 A autora define essas novas funções (punição/dissuasão) como “prestações punitivas/dissuasórias” (Ibid., p. 40).

46 Ibid., p. 82.

47 Ibid., p. 88-89.

CRFB/88) e da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88), em conjunto com a chamada “*teoria dos poderes implícitos*”⁴⁸.

Tal abordagem interpretativa parte do princípio que, tendo o magistrado o dever constitucional de proteção de determinados direitos tidos com elevada importância, e na ausência de manifestação do legislador quanto aos meios para efetivação dessa proteção⁴⁹, o julgador poderia, fundamentadamente, reconhecer e aplicar novas funções à responsabilidade civil, a fim de resguardar a proteção a tais direitos. Nessa perspectiva, afirma a autora:

É possível concluir, a partir dessas normas [art. 93, inciso IX e art. 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição da República de 1988], bem como amparando-se na doutrina dos poderes implícitos que, para exercer a sua missão constitucional na plenitude, além de dar efetividade a esse e tantos outros direitos fundamentais, o Poder Judiciário, assim como todos os órgãos previstos na *lex mater*, poderá, motivadamente, reconhecer, quando da fundamentações de suas decisões, através de interpretação sistemática da ordem constitucional e infraconstitucional, as novas funções da responsabilidade civil, quais sejam, de punir/dissuadir autores de ilícitos (VAZ, 2009, p. 95).

Dessa forma, o Poder Judiciário tomaria uma postura mais ativa no reconhecimento e proteção desses direitos, mesmo na ausência de manifestação expressa do legislador.

Por fim, tratando-se de medidas excepcionais, Caroline Vaz destaca que a análise do fator psicológico é crucial para caracterização do dever de prestação das parcelas punitivas/dissuasórias. Assim, só haveria a possibilidade de aplicação dessas parcelas quando identificado que o autor da lesão agiu com dolo ou a “culpa gravíssima”⁵⁰.

48 Essa teoria, que finca suas origens na criação jurisprudencial norte-americana, pode ser traduzida, como: “existência de poderes além daqueles expressos no texto constitucional, poderes instrumentais, sem os quais seriam meras abstrações, de impossível efetivação, os poderes expressos” (VAZ, Caroline. Op. Cit. p. 93).

49 A autora define esse fenômeno como “lacunas” (Ibid., p. 92).

50 Ibid., p. 122.

3.3 Críticas a uma função *de lege lata*

Antes de adentrar na última corrente abordada neste trabalho, faz-se necessária uma análise crítica acerca das posições elencadas acima. Posto isso, serão expostas algumas falhas deixadas por essas correntes.

Conforme foi apontado, os Tribunais brasileiros, conjuntamente com parte majoritária da doutrina nacional, têm encontrado na reparação dos danos extrapatrimoniais a possibilidade de inserção da função punitiva na responsabilidade civil. Todavia, quando figuras com objetivos tão distintos como a compensação e a punição são misturadas no âmbito de uma indenização por danos extrapatrimoniais fica evidente a confusão feita entre função punitiva e função compensatória⁵¹.

Como exposto no capítulo 2, a jurisprudência, ao quantificar o dano moral, tem se utilizado de critérios que vão desde a mensuração do dano (“extensão do dano” e “sofrimento do ofendido”) até a análise do ofensor (“capacidade econômica do ofensor”, “reincidência” e “grau de culpa”). Dessa mistura de critérios é extraído o valor a ser pago a título de indenização sem a menor discriminação do que é reparação e do que é punição.

Nesse modelo deformado, nega-se o método anglo-saxônico de punição civil ao mesmo tempo em que é incorporado o seu conteúdo, ainda que de forma equivocada. Em outras palavras, rejeita-se a autonomia entre punição e compensação – diferentemente do que ocorre com os *punitive damages* e os *compensatory damages* – mas admite-se a existência de uma dupla função vinculada a uma só parcela⁵².

LEVY afirma que jurisprudência e doutrina encontraram no dano moral a plasticidade necessária para que os critérios, que outrora foram descartados na despersonalizada responsabilidade civil do século XIX, emergissem na nova disciplina mais humanizada que surgiu em meados do século XX. Assim, “a culpa volta, timidamente, à responsabilidade civil, como variável da indenização”⁵³.

Segundo o referido autor, enquanto no cenário norte-americano a crítica da insegurança jurídica é destinada a “imprevisibilidade quantitativa” das indenizações, no Brasil a crítica é direcionada a “imprevisibilidade qualitativa”. Isso porque, em solo

51 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 230.

52 Ibid., p. 234.

53 LEVY. Daniel. Op. cit. p. 67.

pátrio, o ofensor tem dificuldade em saber se está sendo condenado a compensar um suposto dano moral, se está sendo punido, ou ambas as hipóteses⁵⁴.

Em sentido semelhante, Anderson Schreiber afirma que esse método cria uma “espécie bizarra de indenização”, pois:

Ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que o responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado e, em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto (SCHREIBER, 2009, p. 205).

Ao fundamentar o *quantum* da indenização em uma dupla função (punitiva/compensatória) sem a devida discriminação, os julgadores prejudicam – para não dizer impedem – o pleno exercício de defesa pelo acusado ao tornar, nas palavras de HIGA, “hercúlea a missão de recorrer de duas condenações com estruturas, funções e pressupostos de imputação totalmente diversos, mas embutidos em uma única importância”⁵⁵.

Nessa toada, o autor acima mencionado destaca que a técnica usada pelos tribunais em vez de garantir clareza nas decisões causam, na verdade, um enorme obscurantismo que, em muitos casos, é responsável por maquiagem a deficiência, ou até mesmo ausência, de fundamentação⁵⁶.

Ademais, a argumentação utilizada pelos tribunais no sentido de que a indenização por danos extrapatrimoniais deve imprimir uma punição ao réu sem que isso gere enriquecimento injustificado para a vítima se mostra contraditória. Pois, ao se utilizar critérios para quantificação que extrapolam o dano – como “grau de culpa” ou “condição econômica do ofensor” – com o escopo de punir o réu, estará se afirmando que a indenização poderá ser superior ao efetivo prejuízo. Assim sendo, a indenização representará enriquecimento sem causa, uma vez que é desrespeitado

54 LEVY, Daniel de Andrade. op. cit., p. 211.

55 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 302.

56 Ibid., p. 234.

o princípio da reparação integral (art. 944, *caput*, do Código Civil de 2002) ao se acrescentar a indenização montante superior ao efetivo prejuízo⁵⁷.

Se a posição adotada por parte majoritária da doutrina e jurisprudência é passível de críticas, como as expressas acima, o entendimento esboçado por Caroline Vaz também apresenta suas falhas. A proposta de reconhecimento de novas funções para a responsabilidade civil, amparando-se nos mandamentos constitucionais da motivação das decisões judiciais e da inafastabilidade de jurisdição em conjunto com a teoria dos poderes implícitos, mostra-se problemática.

HIGA destaca que o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, CRFB/88) está epistemologicamente ligado às garantias do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CRFB/88), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB/88), da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88) e principalmente do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/88).

Nesse sentido, o autor argumenta que somente através da motivação das decisões judiciais o sujeito pode verificar se os outros direitos constitucionais foram garantidos. Sem a adequada fundamentação o indivíduo não poderia avistar as razões de sua condenação e nem verificar se a tutela jurisdicional foi atendida adequadamente. No entanto, de forma alguma, o princípio da motivação desincumbe o julgador de se ater ao princípio da legalidade⁵⁸.

Ademais, tendo em vista que Caroline Vaz reconhece a inexistência de legislação⁵⁹ que autorize a aplicação das denominadas por ela “prestações punitivas/dissuasórias”, essa carência não poderia ser suprida pelo julgador por meio da simples motivação judicial, sob pena de atentar contra um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, qual seja a separação dos poderes.

Nessa perspectiva, LEVY argumenta que por mais detalhada que possam ser as decisões judiciais, nos países de tradição romano-germânica como no Brasil, somente a lei poderá consagrar uma categoria autônoma de indenização punitiva que preserve a segurança jurídica em longo prazo⁶⁰.

57 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 269-270.

58 Ibid., p. 294.

59 VAZ, Caroline. op. cit., p. 82.

60 LEVY. Daniel. Op. cit. p. 213.

É preocupante o protagonismo que Caroline Vaz atribui ao Poder Judiciário⁶¹. Embora seja inegável a importância dos magistrados como intérpretes da lei e protetores dos direitos constitucionais, suas decisões devem estar fundamentadas em bases legais. Além disso, o suposto “ativismo” – que a autora defende ser inerente à atividade da magistratura – não pode ser justificativa para interferência na seara de atuação dos outros poderes.

Dentre as inconsistências apresentadas por essas duas correntes, talvez a mais grave seja a ausência legislativa que fundamente a aplicação da função punitiva. Essa questão se mostra como ponto central da terceira corrente a ser exposta no próximo capítulo.

61 “Inconcebível, pois, fique o juiz inerte, diante de determinada situação que lhe é apresentada como uma máquina insensível. Sua atividade se desenvolve com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetidos à sua apreciação, sendo ele cada vez mais desafiado a assumir papel ativo e criativo na interpretação da lei e da própria Constituição Federal, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo” (VAZ, Caroline. op. cit., p.113).

4 UMA FUNÇÃO DE LEGE FERENDA

4.1 Terceira corrente: uma função *de lege ferenda*

Em posição divergente das já abordadas, encontram-se autores como Daniel de Andrade Levy, Flávio da Costa Higa e Maria Celina Bodin de Moraes. Eles defendem, em maior ou menor grau⁶², que a responsabilidade civil, na tentativa de se tornar um instrumento mais eficaz de resolução dos conflitos postos na sociedade contemporânea, necessita superar o paradigma meramente reparatório. Assim, a função punitiva se mostra como um meio necessário.

No entanto, embora os autores supramencionados advoguem pela criação de uma função punitiva à matéria em comento, eles compartilham o entendimento de que inexistem, no atual ordenamento jurídico, instrumentos legislativos que chancelem a sua aplicação. Nesse sentido:

Se um juiz brasileiro é competente para condenar um ofensor a ressarcir o dano que causou, a lei (ainda) não lhe autorizou impor sanções, seja sob o fundamento que for, a serem acrescidas ao ressarcimento puro e simples (BODIN-MORAES, 2004, p. 69)⁶³.

A autora citada argumenta que não há no Código Civil de 2002 – e nem havia no antigo Código de 1916 – a contemplação de um caráter punitivo atrelado à reparação. Na verdade, há vários elementos que apontam o contrário. Veja-se, por exemplo, o art. 403 do Código Civil Brasileiro de 2002, ao estipular que “ainda que a

62 Cabe ressaltar a postura mais contida de Maria Celina Bodin de Moraes em relação aos outros autores citados. Embora defenda que a lei poderá instituir uma função punitiva, sua posição é marcada por uma maior restrição ao seu cabimento. “*De lege ferenda*, em hipóteses excepcionais, contudo, parece aceitável a figura da indenização punitiva quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso prática de conduta maliciosa, danosamente reiterada” (BODIN-MORAES, Maria Celina. *op. cit.*, p. 78).

63 No mesmo sentido: “Deve-se reconhecer a dificuldade existente em face da ausência de legislação que permita a imputação de pena e, de *lege ferenda*, procedendo à conformação constitucional do instituto ao ordenamento, como fizeram recentemente a Argentina e a província de Quebec” (HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.*, p.300); “Hoje (...) não há legislação específica autorizando a indenização punitiva nem, muito menos, prevendo qualquer critério para a sua aferição” (LEVY, Daniel de Andrade. *op. cit.*, p 212).

inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (...)”⁶⁴.

Ainda mais importante, cite-se o art. 944 *caput* do Código Civil de 2002 que impõe barreiras claras a reparação. Ao definir que “a indenização mede-se pela extensão do dano” fica evidente a opção do legislador, à época, em adotar uma função unicamente compensatória, limitando a indenização e expurgando qualquer tentativa de majoração baseada na análise de critérios que extrapolem o dano.

Reconhecer a adoção de um novo instituto que busca na conduta reprovável do ofensor a sua razão de ser, é reconhecer que se está diante de uma verdadeira pena privada aplicada a responsabilidade civil⁶⁵. Nessa linha, HIGA destaca que se tratando da aplicação de uma pena, ainda que no âmbito civil, é inafastável a garantia da prévia cominação legal, expressa no art. 5º XXXIX da CRFB/88. Sem essa prerrogativa qualquer punição se tornaria nula de pleno direito (*nulla poena sine lege*)⁶⁶.

O autor ainda alega que o princípio da legalidade deve abarcar todo o sistema repressivo como forma da expressão democrática. Desconsiderar essa importante conquista, ainda que sob as vestes de “boas intenções”, leva a um caminho assustadoramente perigoso⁶⁷.

4.2 Suposta previsão legal nos art. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil

A defesa da ausência legislativa perpassa, necessariamente, pelo enfrentamento de alguns posicionamentos em sentido contrário que enxergam em alguns dispositivos legais um aceno do legislador para uma função punitiva empregada à seara da responsabilidade civil.

O primeiro posicionamento nesse sentido vislumbra no art. 944, parágrafo único do Código Civil de 2002⁶⁸ a abertura para o reconhecimento da indenização punitiva. Exponente desse entendimento, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma que

64 BODIN-MORAES, Maria Celina. op. cit. p. 48-49.

65 Segue este entendimento: Maria Celina Bodin de Moraes, Flávio da Costa Higa, Sérgio Cavalieri Filho.

66 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 307.

67 Idem., p. 292.

68 Art. 944, (...) Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

“este artigo, ao adotar a gradação da culpa do agente no cálculo da indenização, confere apoio legal ao caráter punitivo da reparação do dano” (TAVARES, 2012, *apud* HIGA, 2016, p. 301).

A esse respeito, HIGA⁶⁹ pondera que tal artigo não poderia, de forma alguma, ser utilizado como fundamento para uma função punitiva, visto que seu texto é nitidamente em sentido oposto. Busca, na verdade, reduzir a indenização em casos onde há excessiva desproporção entre culpa e dano, objetivando, assim, evitar a falência do devedor⁷⁰.

Analisando o artigo de forma integral, nota-se que seu *caput*, como já mencionado, impõe uma limitação à indenização. Dessa forma, fica claro a opção do legislador pela adoção de uma função tipicamente compensatória. Por sua vez, a exceção prevista no parágrafo único nada mais é que uma tentativa de se evitar injustiças no caso concreto, nas hipóteses em que com uma “culpa levíssima” do réu gere um dano gigantesco para a vítima⁷¹.

Em outra frente, Vitor Fernandes Gonçalves (2005 *apud* HIGA, 2016, p. 305-306) busca no art. 945 do Código Civil de 2002⁷² a fundamentação para abertura de uma função punitiva⁷³.

Como contraponto a esse entendimento, HIGA argumenta que a palavra “culpa” empregada neste artigo refere-se, na verdade, “a eficácia causal dos agentes

69 HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.*, p. 303.

70 Em sentido semelhante: BODIN-MORAES, Maria Celina. *op. cit.*, p. 48-49.; SERPA, Pedro Ricardo e. *op. cit.*, p. 215.

71 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, v.4. p. 188.

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

73 “No Brasil, releva notar que se pode defender a imposição de indenizações punitivas com muito mais base legal, tendo em vista as normas do Código Civil de 2002, do que à época da vigência do Código Civil de 1916. De fato, por meio do art. 945, o legislador de 2002 inovou e adotou, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a tendência da lei ambiental italiana, assim estabelecendo: (...). Nesse sentido, na medida em que a lei autoriza o juiz a utilizar um elemento estranho à mera quantificação do prejuízo para o cálculo da indenização nos casos de culpa, critério esse concernente à gravidade da culpa, desloca o critério da reparação do efeito da lesão, isto é, do dano, para a causa da lesão, a conduta culposa, introduzindo um elemento punitivo, típico do direito penal, e, assim, abrindo a possibilidade de o juiz levar em conta esse elemento nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual nas quais isso é oportuno”, (GONÇALVES, 2005 *apud* HIGA, 2016, p. 305-306).

na ocorrência do dano”. Assim sendo, a “culpa concorrente”, tratada nesse artigo é hipótese de “causa concorrente”, ao passo que a vítima – por meio de sua conduta culposa – colabora com a causação do dano⁷⁴.

Comungando do mesmo entendimento, SERPA assevera que o referido dispositivo legal somente permite a análise da culpa do ofensor com o escopo de reduzir o *quantum* indenizatório, nunca para majorá-lo. Isso porque, havendo a concorrência de causas, o ofensor, mesmo que agindo com dolo ou culpa grave, não foi o único a dar causa ao prejuízo. Assim, não há, nesse artigo, abertura para a aplicação de uma indenização punitiva⁷⁵.

4.3 Lei de Imprensa, Código Brasileiro de Telecomunicações e Reforma Trabalhista: uma abertura para a função punitiva

Quando se aborda a função punitiva da responsabilidade civil não há como deixar de lado algumas legislações que, ao regulamentarem campos específicos do Direito, fugiram a regra da simples compensação e inseriram no seio da reparação extrapatrimonial uma função punitiva.

A primeira legislação nesse sentido foi o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), ao prever em seu art. 84, *caput*⁷⁶, que ao quantificar o dano moral, o juiz deveria levar em conta fatores como “a situação econômica do ofensor” e “a intensidade do ânimo de ofender”. Por sua vez, o parágrafo segundo do mesmo artigo ainda previa a elevação ao dobro em casos de reincidência.

74 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 306.

75 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 216-217.

76 Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, **a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender**, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 2º **O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência** do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr. § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais. (grifo nosso).

Pouco tempo depois, e seguindo a mesma linha, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967), em seu art. 53, inciso II, estipulou que no arbitramento do dano moral o juiz analisaria, entre outros fatores:

A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação (Brasil, 1967)⁷⁷.

Os referidos dispositivos legais dotavam o magistrado de critérios para aferição do valor da indenização que em nada se relacionavam com a extensão do dano. Dessa maneira, ficava claro que tais regras tinham como finalidade sancionar o ofensor em um caráter tipicamente punitivo⁷⁸. Há que se destacar, no entanto, que ambas as leis restringiam-se aos danos morais, bem como se destinavam a campos muito específicos (telecomunicações e imprensa) não se aplicando as generalidades das indenizações por danos extrapatrimoniais⁷⁹.

Mais recentemente, a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe significativas mudanças no que se refere à tutela dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

A primeira importante modificação foi imposta pelo art. 223-A da CLT⁸⁰. Estabeleceu que a reparação dos danos de natureza extrapatrimonial se dará, exclusivamente, pelos dispositivos elencados naquele capítulo. Outra importante alteração, a qual levantou polêmicas⁸¹, foi o “tabelamento do dano extrapatrimonial” promovido pelo art. 223-G, § 1º da CLT⁸².

77 Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

78 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 345.

79 Idem., 346-347.

80 Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

81 Para mais aprofundamentos: CORTIANO JUNIOR, Eroulths ; RAMOS, André Luiz Arnt. **Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista.** In. *civilistica.com*, v. 7, n. 2, p. 1-23, 28

No entanto, o ponto que se deseja explanar encontra-se na alteração promovida pelo art. 223-G, incisos VII e XI da CLT. Tais dispositivos elencam entre os critérios a serem utilizados pelo magistrado na quantificação do dano extrapatrimonial o “o grau de dolo ou culpa” (art. 223-G, inciso VII da CLT) e a “a situação social e econômica das partes envolvidas” (art. 223-G, inciso XI da CLT).

Tal como ocorreu na Lei de imprensa e no Código Brasileiro de Telecomunicações, esses dispositivos acabaram por implantar uma função punitiva aos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho⁸³.

Não obstante essas leis inserissem no ordenamento jurídico uma base normativa que fundamentasse a aplicação de uma função punitiva à responsabilidade civil, mais uma vez, a sua ocorrência ficava restrita aos danos imateriais. Assim, o legislador continuava repetindo a equivocada correlação entre função punitiva e compensação dos interesses extrapatrimoniais⁸⁴, sem fornecer autonomia a essa nova função.

Dessa maneira, a junção de critérios que visam compensar a vítima e punir o ofensor, os quais já são largamente utilizados pelos tribunais brasileiros, ganha no direito do trabalho respaldo legal, como outrora se deu nas referidas Lei de Imprensa e Código Brasileiro de Telecomunicações⁸⁵.

out. 2018. Disponível em:< <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/341>>. Acesso em: 20/10/2020; RAYOL, Rayane Araújo Castelo Branco; GOMES, Ana Virginia Moreira. **O Tabela mento Do Dano Extrapatrimonial Na Lei 13.467/2017 e a Mitigação Da Função Preventiva De Sua Reparação**. In *Revista de Direito do Trabalho*. v. 203, p. 97-124, Jul. 2019.

82 Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (...) § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

83 Importante ressaltar, no entanto, que embora a Reforma Trabalhista traga critérios tipicamente punitivos para a mensuração do dano extrapatrimonial, a função punitiva será, muitas vezes, suprimida tendo em vista a própria limitação imposta pelo parágrafo primeiro do art. 223-G da CLT. Limitação, essa, que é alvo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, cite-se ADI/6960, ADI/6082 e ADI/5870.

84 Nesse ponto, Levy argumenta que em vez de tornar-se independente, “no Brasil, a função punitiva da Responsabilidade Civil veste o hábito do dano moral” (LEVY, Daniel de Andrade. *op. cit.*, p. 69).

85 O art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967. Já o Superior Tribunal Federal considerou, no julgamento da

4.4 Abordagem autônoma da função punitiva e a imprescindibilidade de disposição legal

Como visto, a função punitiva em nada se parece com a função compensatória. Seus objetivos e parâmetros são totalmente diversos. No passado, a justificativa de punir o ofensor serviu para sustentar uma possível reparação a interesses imateriais, os quais não eram tutelados pelo Direito⁸⁶. Porém, hoje – com o devido reconhecimento e proteção desses interesses – a indenização punitiva deve se prestar a outros fins; desvinculando-se da reparação dos danos extrapatrimoniais, tal como ocorreu na sociedade norte-americana⁸⁷.

Sem uma clara cisão entre função punitiva e função compensatória, nenhum dos objetivos propostos por elas poderá ser concretizado adequadamente, uma vez que os limites de uma aniquilam os objetivos da outra, ocorrendo uma completa “autofagia jurídica”⁸⁸. Assim, parece ser mais adequado que a função punitiva ganhe autonomia frente à função compensatória⁸⁹.

No entanto, a defesa da independência da pena frente à reparação não implica o atropelo da legislação. Na ausência de disposição legal que sustente a aplicação de uma pena ao causador do dano, o magistrado, diferente do que pensa Caroline Vaz, nada pode fazer.

Cabe ao Legislativo, e não ao Judiciário, definir as leis que refletem os anseios sociais, bem como, se for o caso, coordenar a criação de um novo instituto fornecendo as balizas necessárias ao magistrado para a sua correta aplicação⁹⁰. À vista disso, tende-se a concordar com HIGA, quando este afirma que “não basta que a lei declare que o juiz está autorizado a punir civilmente os réus, sem fornecer parâmetros para tanto, como se fosse uma espécie de ‘carta em branco’ aos magistrados”⁹¹.

ADPF 130/DF, que a Lei da Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

86 Vide capítulo 3.1.

87 SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit., p. 38.

88 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 269.

89 Assim como defende, entre outros, Daniel Levy, Serpa, Flávio Higa.

90 Nesse sentido: BODIN-MORAES, Maria Celina. op. cit., p.55.

91 HIGA, Flávio da Costa. op. cit., p. 315.

A criação de um novo instituto sempre suscita uma série de perguntas. Numa possível institucionalização da função punitiva as questões parecem, ainda mais afloradas: para quem será destinado o valor? Quais serão os critérios para guiar o *quantum* da punição? Quem serão os legitimados para pleitear tais direitos? Quais os requisitos para sua caracterização?

Frente às inúmeras questões postas, e vivendo em uma democracia, entende-se que somente o legislador, nos usos de suas atribuições, é competente para respondê-las. Enquanto tais respostas não se apresentam, a aplicação de uma indenização para além dos danos mostra-se inviável.

5 CONCLUSÃO

Como exposto no trabalho, a função punitiva e a função compensatória da responsabilidade civil não se confundem. Seus parâmetros e objetivos são distintos. Enquanto a primeira deve se voltar para a conduta do agente, a segunda se foca no dano e a sua extensão.

À luz das teorias aqui trabalhadas, conclui-se que – feita a devida ressalva à exceção promovida pela Reforma Trabalhista –, *de lege lata*, não há no ordenamento jurídico brasileiro embasamento legal que permita a aplicação de uma função punitiva na responsabilidade civil.

De lege ferenda, no entanto, a responsabilidade civil ainda deverá vir a institucionalizar uma função punitiva. Todavia, acredita-se que tal processo deve prever a criação de uma função punitiva autônoma e não vinculada aos danos extrapatrimoniais.

Por fim, a criação de um novo instituto, tão importante como o tratado neste trabalho, perpassa, necessariamente, por uma manifestação clara do legislador, não somente no sentido de autorizar a sua aplicação, mas também de fornecer as guias para que o aplicador do direito possa implementá-lo de forma adequada.

REFERÊNCIAS

BODIN-MORAES, Maria Celina de. **Punitive Damages em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas**. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

BRASIL. **Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (CEJ/CJF)**. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>> . Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.117%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Insti%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Telecomunica%C3%A7%C3%B5es.&text=Art.&text=Telefonia%20%C3%A9%20o%20processo%20de,internaciona%20aprovados%20pelo%20Congresso%20Nacional>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=LEI%20No%205.250%2C%20DE%209%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201967.&text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20A%20explora%C3%A7%C3%A3o%20dos,federal%2C%20na%20forma%20da%20lei>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. 2º Turma. REsp nº 860.705-DF (2006/0136826-0)**. Brasília (DF). Julgado em: 24 out. 2006. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Diário da justiça eletrônico: 24 out. 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. 3º Turma. REsp nº 355.392-RJ**. Brasília (DF). Julgado em: 26 mar. 2002. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça eletrônico: 16 jun. 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths ; RAMOS, André Luiz Arnt. **Dano moral nas relações de trabalho: a limitação das hipóteses de sua ocorrência e a tarifação da indenização pela reforma trabalhista.** In. *civilistica.com*, v. 7, n. 2, p. 1-23, 28 out. 2018. Disponível em:< <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/341>>. Acesso em: 20/10/2020.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: os “Punitive Damages” no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro.** In *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil.** In *Revista dos Tribunais*. v. 761, p. 31-44, Mar. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil.** 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAYOL, Rayane Araújo Castelo Branco; GOMES, Ana Virginia Moreira. **O Tabela do Dano Extrapatrimonial Na Lei 13.467/2017 e a Mitigação Da Função Preventiva De Sua Reparação.** In *Revista de Direito do Trabalho*. v. 203, p. 97-124, Jul. 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, v.4.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória.** Salvador: JusPodivm, 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos,** 2º ed, São Paulo: Atlas, 2009.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva.** 2011. 386 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

TARTUCE, FLÁVIO. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** v.2. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – os punitive damages no Direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. **Indenização Punitiva no Brasil: desafios e configurações**. In *Revista de Direito Privado*. v. 57, p. 179 – 198, Jan./Mar. 2014.