

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
VICTOR SALGADO**

**OS *PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO PUNITIVA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: remédio
viável ou importação impossível?**

**Juiz de Fora
2016**

VICTOR SALGADO

**OS *PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO PUNITIVA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: remédio
viável ou importação impossível?**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito sob
orientação do Prof. Dr. Marcus
Eduardo de Carvalho Dantas

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

VICTOR SALGADO

OS *PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: remédio viável ou importação impossível?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Prof. Dr. Dênis Franco Silva

Prof. Ms. Cláudio Roberto Santos

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 21 de julho de 2016

RESUMO

A jurisprudência dos tribunais brasileiros e a posição de muitos teóricos nacionais vêm se solidificando no sentido de reconhecer uma função punitiva da responsabilidade civil, ainda que não expressamente positivada. A adoção de tal posição, contudo, acaba resultando na adaptação de institutos controversos tais como os *punitive damages* (expressão inglesa livremente traduzida para “danos punitivos” ou “indenização punitiva”), que sendo oriundos de ordens jurídicas alienígenas vêm a tornar-se fonte de polêmica ao serem aplicados sob ordenamentos que não se encontram preparados para recepcioná-los. O presente trabalho tem por objetivo traçar um breve paralelo entre a forma como a função punitiva é aplicada à responsabilidade civil extracontratual nos sistemas brasileiro e norte-americano. Durante esta análise, se busca apresentar um panorama geral dos *punitive damages*, desde sua origem inglesa até seus modelos de aplicação nos sistemas jurídicos aqui contrapostos, abordando, em especial, a polêmica que o viés punitivo da reparação civil no Brasil, sob a influência do referido instituto, encerra. Ao final, o estudo servirá para apresentar a resposta para a seguinte pergunta: *é possível harmonizar a adoção da função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro?* Trata-se de uma leitura recomendada a todos que se interessam pela área da responsabilidade civil visitada sob uma perspectiva comparativa, determinada a empreender uma construção do conhecimento jurídico a partir de um prisma multicultural.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil extracontratual; *punitive damages*; *common law*; função punitiva; dano moral

ABSTRACT

The jurisprudence of the Brazilian courts and the position of many of the national theorists are aligning on the sense to recognize a punitive attribute of the civil liability, even though such matter is not expressively present in the written law. The adoption of such view, however, leads to the adaptation of controversial remedies such as the punitive damages, which, being born within foreign legal systems, become real “legal abominations” when applied to other systems that do not find themselves ready to receive them. With that matter in mind, this paper intends to trace a brief parallel concerning the form in which the civil liability and its punitive function are exercised in both common law and civil law systems, taking as reference how the matter is applied in both North-American and Brazilian law. Starting from this analysis, we pass on to constructing a general view on the punitive damages, going from their British origins to their modern application patterns in the studied systems, giving special attention to the controversy that the punitive function provokes in the Brazilian legal order. Finally, this research will serve to the pursuit of an answer for the following question: is it possible to harmonize the adoption of a punitive function in the treat of civil liability in the Brazilian Law? It is a recommended reading to all of those who are interested in the area of civil liability analyzed through a comparative perspective, determined to build knowledge under a multicultural view.

KEYWORDS: civil liability; punitive damages; common law; punitive function; extra-patrimonial damages

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS FUNÇÕES | 9 |
| 2.1 Funções da responsabilidade civil..... | 12 |
| 2.1.1 A função reparatória/compensatória..... | 13 |
| 2.1.2 Função distributiva..... | 14 |
| 2.1.3 Função preventiva..... | 15 |
| 3 A FUNÇÃO PUNITIVA NO <i>COMMON LAW</i> E OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> | 18 |
| 3.1 A origem dos <i>punitive damages</i> : a experiência inglesa..... | 19 |
| 3.2 A experiência norte-americana..... | 20 |
| 3.3 Síntese..... | 26 |
| 4 A FUNÇÃO PUNITIVA NO BRASIL..... | 28 |
| 4.1 A função punitiva..... | 28 |
| 4.2 Função punitiva no Brasil..... | 29 |
| 4.3 Os danos morais..... | 31 |
| 4.3.1 Danos morais e função punitiva na jurisprudência brasileira..... | 34 |
| 4.4 Danos morais e <i>punitive damages</i> | 37 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 39 |
| REFERÊNCIAS..... | 42 |

1 INTRODUÇÃO

Tendo berço na cultura jurídica anglo-saxônica do *common law*, o instituto dos *punitive damages* (em tradução livre: “danos punitivos”), designa situações em que determinado agente é condenado ao pagamento de indenização em valor superior ao correspondente ao dano efetivamente causado à vítima através da prática de conduta ilícita. Assim, a criação deste instituto objetivou, ao menos em um primeiro momento, desenvolver na seara da responsabilidade civil daquele sistema um mecanismo coercitivo, capaz de desestimular condutas fraudulentas ou abusivas, que verdadeiramente tangencia a esfera penal - manifestação, assim, direta de um viés punitivo da reparação civil.

O advento deste instituto, contudo, embora tenha origem mais que centenária, prontamente se viu cercado de grande debate, em especial no que concerne à sua progressiva adoção, ainda que não como categoria autônoma de danos, pela jurisprudência de países de matriz jurídica romano-germânica, tal qual é o caso do Brasil. Isto se dá, primordialmente, devido ao rompimento que sua utilização provoca na doutrina da responsabilidade civil do *civil law*, vez que violaria, em primeira análise, pressupostos primordiais da sistemática do tema, a saber: a) o primado da função estritamente reparadora da responsabilidade civil e, por conseguinte, o *restitutio in integrum*; b) a vedação ao enriquecimento sem causa, que fatalmente ocorreria à vítima indenizada para além de seu *status quo ante*; e c) a separação entre a esfera penal e a esfera civil, vez que transbordaria o âmbito de atuação desta última, promovendo assim uma verdadeira interseção, para muitos indevida, entre funções do Direito Público e do Direito Privado.

Neste sentido, há de ser destacado como, muitas vezes, a *praxis* forense acaba por "importar" institutos e construções de ordenamentos estrangeiros sem a devida aclimatação, sem o devido estudo aprofundado da forma através da qual um elemento juridicamente externo se encaixará em uma nova realidade. Fato é que cada nação, cada sistema, em especial na ciência do Direito, desenvolve soluções endêmicas para solucionar problemas endêmicos, mediante necessidades próprias e em contextos histórico-temporais específicos. Assim, em uma analogia que aqui cabe, tal qual uma espécie levada forçosamente para um local estranho que, sem predadores naturais, se torna uma praga, os institutos jurídicos devem ser recepcionados com o devido cuidado, sob o risco de acabarem por representar uma inquietante incongruência dentro de um ordenamento - e é daí que surge relevância de estudos como o que aqui se introduz.

Sem qualquer pretensão de determinar uma solução final para a adoção dos *punitive damages* e, por conseguinte, da função punitiva no Direito Brasileiro, o que este trabalho busca é elucidar o tema, explorando suas origens e objetivos, além de destacar sua funcionalidade contemporânea, de forma a permitir sua melhor compreensão. Para tanto, porém, conforme já destacado, faz-se necessária uma análise contextualizada, que permita a localização do problema no contexto geral da responsabilidade civil, especialmente no que tange à sua espécie aquiliana.

Iniciaremos, pois, em um esforço dedutivo, lançando as bases gerais da responsabilidade extracontratual nos sistemas do *civil* e do *common law*, apresentando, ainda que de maneira breve, seus aspectos mais determinantes. Na sequência, passaremos à análise dos *punitive damages* e da função punitiva *per se*, promovendo, então, um breve estudo contextualizado do tema no Brasil, estabelecendo as discussões doutrinárias, a legislação e as posições jurisprudenciais que permeiam a temática. Por fim, fecha-se com a apresentação das considerações finais e conclusões com vista a todo o exposto, onde se tentará responder o seguinte questionamento: *é possível harmonizar a função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro?*

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS FUNÇÕES

Introduzindo a perspectiva romano-germânica, a responsabilidade civil é um conceito cuja própria denominação deixa transparecer seu caráter, no que pode ser compreendido em dois sentidos distintos. Afinal, a própria noção leiga de "responsabilidade" já corresponde a ideias complementares quase antagônicas que auxiliam na elucidação do conceito.

Em um primeiro momento, pode-se pensar na responsabilidade, em seu conteúdo ético, como a exigência de que alguém preste contas, justifique determinado ato por si praticado. Contudo, para que tal conduta seja exigível, necessário se faz que o agente seja *imputável*. Já em segundo momento, que corresponde ao segundo sentido do termo, defrontamo-nos com a análise da possibilidade de atribuição ao sujeito das consequências do ato por ele praticado - a saber, as patrimonialmente aferíveis, ainda que em abstrato - bem como, conseqüentemente, a possibilidade da exigência de compensação pelo dano causado, através de indenização.

Aqui se observa que já estão lançadas as bases para a compreensão da responsabilidade civil em suas duas principais nuances, que na técnica jurídica se traduziram como seus principais parâmetros de sistematização: uma dimensão subjetiva e outra objetiva.

Portanto, a rigor, pode-se definir a responsabilidade civil como o dever de indenizar (ou compensar) em face do descumprimento de uma obrigação, da não-obediência de uma norma contratual ou mesmo da ausência de observância de preceito normativo que regulamente a vida cotidiana.¹

Retomando a análise dualista do termo "responsabilidade", conclui-se que seu primeiro sentido remete ao pressuposto subjetivo da responsabilidade, ou em bom português, a análise de culpa, enquanto seu segundo sentido estrutura outro pilar do instituto: o dever de indenizar. Conjugados, os sentidos narrados, presente o devido nexos causal, compõem a responsabilidade subjetiva. O que não significa, porém, que esta não possa se dar mesmo sem culpa, hipótese em que se manifestará em sua forma objetiva.

Assim, enquanto a responsabilidade civil subjetiva representaria o procedimento *default*, clássico, quanto à promoção do dever de indenizar, a vertente objetiva surgiria como alternativa a viabilizar justiça social, vez que inclui o risco, e não somente a culpa, como critério a ser observado no momento da imputação do dever de reparação. Tal tema tornou-se

¹ Neste sentido: TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 449

ainda mais sedimentado no Brasil após a promulgação do Código de 2002, que trouxe como uma de suas maiores inovações a chamada “cláusula geral de responsabilidade civil objetiva”, presente no parágrafo único do art. 927².

Prosseguindo, além da distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, é ponto de interesse neste trabalho apresentar a classificação da responsabilidade civil quanto à origem, quando se diz que ela pode ser contratual (negocial) ou extracontratual (aquiliana).

Diz-se ser *contratual* a tutela da responsabilidade civil reservada aos casos de inadimplemento de obrigações contratuais - tal matéria encontra lastro nos artigos 389, 390 e 391 do Código Civil de 2002. Neste quesito, é importante destacar que a ordem civil pátria consagra o *princípio da responsabilidade patrimonial*, segundo o qual o patrimônio de um contratante responde pelas obrigações por ele contraídas, servindo assim de verdadeira garantia ao credor e viabilizando, de maneira geral, as práticas mercantis.³

A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, configura-se mais como conceito por exclusão, englobando as hipóteses em que há ocorrência de dano entre partes que não compreendem uma relação contratual entre si. No Brasil, este tema é balizado nos art. 186 e 187 do Código Civil⁴, estando fundado sobre o ato ilícito e o abuso de direito.

A título de adendo, embora a abordagem aqui apresentada tome por base a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, esmagadoramente majoritária na doutrina pátria, cumpre ressaltar que há quem rechace esta classificação, como se nota nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho⁵:

Fico com a solução de classificar a responsabilidade civil como não-negocial. Para mim, mesmo quando exista relação contratual entre credor e devedor da obrigação de indenizar, se esta é a própria prestação (e não um simples consectário), estamos diante de uma relação jurídica não-negocial, cujo fundamento não é negócio jurídico, mas ato ilícito ou fato jurídico. Em função da classificação aqui adotada, descarto a distinção tradicional da doutrina entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. (...) Qualquer que seja a escolha, porém, interessa ter presente que a obrigação de indenizar danos, quando é a própria prestação e não mero consectário, terá a mesma extensão havendo ou não vínculo negocial entre credor e devedor.

² Neste sentido: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A cláusula geral de responsabilidade objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

³ Neste sentido: TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 450

⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil, Vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pp 512-513

Conforme se extrai do trecho citado, a distinção fundamental entre estas esferas da responsabilidade civil é tão somente o fato do dano ter sido, ou não, causado dentro do âmbito de uma eventual relação contratual entre as partes. De toda sorte, a opção por sistemáticas distintas na apresentação da matéria se encontra inteiramente no campo da liberdade de cátedra de cada autor. Assim, são abertos estes parênteses tão somente para justificar a opção por aqui se distinguir a responsabilidade civil contratual da extracontratual⁶, tendo em vista que tal classificação será útil quando da contraposição ao sistema de *common law* norte-americano. Ademais, conforme se verá adiante, não há conhecimento de hipótese em que a função punitiva seja aplicada à responsabilidade contratual no Brasil, sendo seu estudo de pouca serventia ao escopo do trabalho em curso.

Prosseguindo, no Direito Brasileiro define-se a responsabilidade civil extracontratual como uma obrigação derivada da prática de um ato ilícito ou fato jurídico, no âmbito da qual o sujeito passivo, que provoca o dano, se obriga a pagar ao sujeito ativo, isto é, quem sofreu o dano, uma indenização que repare integralmente o prejuízo deste, restituindo seu patrimônio ao *status quo ante* em relação ao evento danoso. Destaca-se que na inteligência do atual *codex* civil, o conceito de ato ilícito para fins de imputação de responsabilidade configura verdadeira soma das noções de lesão de direito e dano.⁷

Nesta esteira, fala-se que a responsabilidade civil extracontratual pode ser subjetiva ou objetiva, restando a fundamental diferença entre estas espécies na análise da culpa do agente passivo.

Na responsabilidade subjetiva, faz-se necessária uma aferição da conduta do agente ao provocar o dano, de forma a definir se deverá ou não ser ele responsabilizado a indenizar a vítima. Assim, a análise do caso concreto com fins de responsabilização subjetiva deve obedecer a três critérios que, concomitantemente presentes, ensejam a atribuição do dever de indenizar: a) conduta culposa do agente, incluso também o dolo; b) a ocorrência de dano, patrimonial ou extrapatrimonial, no que será aprofundado posteriormente; e c) nexó causal entre a conduta do agente e dano sofrido pela vítima.

⁶ A polêmica referente à diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual se justifica pelo fato de que, com frequência, suas hipóteses de incidência se confundem, visto que quem apresenta conduta transgressora pode, com ou sem contrato, ser obrigado a reparar o dano causado. Ademais, por vezes a própria existência de um contrato não é clara. Como exemplo, pode-se citar casos em que a responsabilidade contratual se estende a terceiros. Neste sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21

⁷ Neste sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 453

Já na contraparte objetiva, por sua vez, são apenas dois os critérios de aferição para que esta se caracterize: a) a ocorrência do dano extrapatrimonial; e b) a existência de nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Nota-se que a grande alteração aqui é a ausência da culpa, do *pressuposto subjetivo* da atribuição da responsabilidade.

Elucidadas as bases da classificação da responsabilidade civil, se passa agora a um breve estudo de seus fundamentos e funções.

2.1 Funções da responsabilidade civil

Conforme ensina Flávia Portella Puschel⁸, a responsabilidade civil titularizou funções diversas ao longo dos séculos, fitos estes que se adaptavam a contextos históricos, econômicos e sociais próprios. Assim, em sua origem primitiva, em um período em que o estudo da responsabilidade tinha foco na culpa e não no dano, diz-se que o instituto comportaria quatro funções distintas, mas interligadas: a) uma função punitiva, com vias de efetivamente punir o culpado causador do dano; b) uma função “vingativa” ou retributiva, que se configurava como verdadeiro exercício de *vindicta privata*, ao preconizar pela vingança da vítima; c) uma função restaurativa, tendo em vista que a imputação de responsabilidade a quem de direito promoveria o restabelecimento da ordem social, assim como sua manutenção, e, por fim, d) uma função preventiva, que objetivava prevenir e repelir a adoção de condutas antissociais pelos cidadãos.

Entretanto, o passar das eras terminou por empreender modificações profundas neste arcabouço, de maneira que, especialmente a partir do séc. XIX, alguns dos fundamentos por trás deste modelo funcional de responsabilidade civil em específico desapareceram. Não por coincidência, a partir deste período a rotina das sociedades ocidentais sofreu (e sofre) bruscas transformações por intermédio das oscilações culturais e, principalmente, do desenvolvimento tecnológico. Neste ínterim, surge o célebre termo “sociedade do risco”⁹,

⁸ PUSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, São Paulo, p. 091-107, 2005.

⁹ A expressão “sociedade de risco” surge para designar a nova dinâmica sócio-econômica das sociedades ocidentais a partir, sobretudo, do séc. XIX, período no qual a crescente revolução industrial e a mecanização dos meios produtivos levou ao crescimento sem precedentes da ocorrência de acidentes, tornando a vida, assim, mais perigosa. Neste contexto, a necessidade de pacificação social mediante a enorme quantidade de danos a serem indenizados levou ao nascimento da “teoria do risco” na responsabilidade civil. Teoria esta de origem francesa que, buscando assegurar a justiça distributiva através da ampliação do escopo de imputação do dever de indenizar, foi responsável primordialmente pela difusão da utilização da responsabilidade civil em sua vertente objetiva. Neste sentido: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A cláusula geral de responsabilidade objetiva. Rio

cunhado para definir em novo contexto social no qual os danos, sobretudo acidentais, aumentam exponencialmente em número e gravidade.

Assim, a autora afirma que hoje são três as principais funções da responsabilidade civil: a indenização da vítima (função reparatória/compensatória), a distribuição dos danos entre os membros da sociedade (função distributiva) e a prevenção de comportamentos anti-sociais (função preventiva, que permaneceu). Neste sentido, entretanto, há de se destacar que a responsabilidade civil se viu esvaziada em razão do surgimento de outros institutos jurídicos mais adequados ao alcance de objetivos anteriormente previstos entre os seus. Além disso, se antes as funções da responsabilização eram complementares, hoje em muitos casos chegam a se comprometer mutuamente. Nesta esteira:

A maior ou menor adequação da responsabilidade civil para a realização dessas três funções varia de acordo com o caso e com o modo com o direito a regula. Nem sempre a atribuição de responsabilidade civil é o meio mais adequado para atingir os objetivos de prevenir comportamentos anti-sociais, garantir a indenização da vítima e distribuir danos.

Ademais, a realização simultânea desses objetivos pode ser difícil, pois, em alguns casos, para atingir um deles, compromete-se a realização do outro.

(...)

Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também por meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos) (PUSCHEL, 2012, p. 093)

Note-se que até aqui não foi feita menção à famigerada função punitiva como uma das funções hoje adotadas no Direito Brasileiro. Isto se dá de forma proposital, tendo em vista que a função punitiva, por ocupar o cerne da controvérsia abordada neste trabalho, será apresentada e aprofundada em momento propício. Passa-se agora à abordagem individualizada de tais funções.

2.1.1 A função reparatória/compensatória

Em última instância, a responsabilidade civil extracontratual, em todos os sistemas de matriz no *civil Law*, obedece a dois princípios ancestrais: o *neminem laeder*, que

determina que ninguém tem o direito de lesar ninguém, também denominado de cláusula geral de cuidado, e o *restitutio in integrum*, ou princípio da reparação integral, que preconiza a obrigação do agente causador do dano em indenizar a vítima de forma a recompor seu *status quo* anterior ao evento danoso, reparando integralmente o prejuízo de forma a parecer que o dano mesmo nunca ocorreu. A aplicação simultânea destes princípios traduz a função reparatória, considerada a função da responsabilidade civil por excelência¹⁰.

Conforme já exposto, tal função tem por objetivos principais promover o equilíbrio sócio-econômico e a pacificação social, pois visa ser um mecanismo apto a criar nos cidadãos um sentimento de justiça. Cumpre salientar, contudo, que muito embora a função reparatória seja encarada como conceito axiologicamente neutro, seus fundamentos sofreram alterações ao longo do tempo.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, o maior dos impactos sobre a teoria da indenização de danos se deu quando a doutrina passou a ter como seu principal fundamento o dano e seu papel sobre o desequilíbrio social, cargo antes ocupado pela análise da culpa. Neste sentido:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizarro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não-indenizados.

Observa o insigne Antônio Montenegro que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano. A partir daí, conclui, a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente (*Ressarcimento de danos*, 4ª Ed., p. 11) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

2.1.2 Função distributiva

¹⁰ Neste sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 13

A função distributiva surge como reflexo direto do contexto da “sociedade do risco”, no qual há um crescimento exponencial na ocorrência de danos, em especial em sede acidental, sem verificação de culpa. Assim, por questão de conveniência e pacificação social, logo se viu a necessidade de se distribuir o “fardo da indenização” entre todos da coletividade, de maneira a se diminuir o ônus individual e garantir a sustentabilidade do próprio sistema de imputação da responsabilidade.¹¹ Ademais, o desenvolvimento de um sistema distributivo neste quesito ocupa posto nevrálgico no desenvolvimento da economia, visto que a possibilidade de ter de arcar com um ônus colossal poderia servir mesmo como um efeito indesejável, inviabilizando o exercício de atividades econômicas relevantes e de larga escala, como a construção civil e a realização de eventos de massa.

Nesta mesma linha, pode a responsabilidade civil servir de meio direto ou indireto de redistribuição de danos e do conseqüente dever de indenizar. Diz-se direto quando o próprio agente que arca com a indenização age no sentido de distribuir o ônus, como no exemplo de um fornecedor que já embute nos preços que pratica no mercado os valores com os quais virá a arcar em decorrência de danos por defeito de produto. Por outro lado, diz-se ser meio indireto quando se faz uso de um contrato de seguro, por exemplo, no qual a indenização será arcada por todos os segurados, sendo o ônus aí pulverizado em larga escala¹².

Destaca-se aqui que muito embora esteja sendo apresentada a distributividade como função da responsabilidade civil, sua própria existência como princípio autônomo nesta seara é discutida. Autores do calibre de Sérgio Cavalieri Filho¹³, por exemplo, não chegam mesmo a citá-la como função própria, relegando-a ao posto de mero fenômeno reflexo do sistema de imputação adotado.

2.1.3 Função preventiva

A função preventiva, quando tida como um dos pilares da responsabilidade civil, faz referência ao efeito inibitório gerado pela ação do sistema de imputação da responsabilidade, que impõe aos sujeito subjetiva ou objetivamente responsáveis pelo dano o dever de indenizar. Nessa toada, o “golpe patrimonial” que a indenização representa para

¹¹ PUSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, São Paulo, p. 091-107, 2005.

¹² Neste sentido: PUSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, São Paulo, p. 091-107, 2005, p. 94

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 13

quem haverá de indenizar acaba exercendo um efeito de dissuasão, no sentido de estimular o agente indenizante a evitar condutas ou eventos que possam gerar danos a terceiros passíveis de reparação. Encontra seu fundamento último na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, inciso XXXV¹⁴, que prevê a proteção dispensada à ameaça de direito¹⁵.

Tal tutela inibitória se diferencia primordialmente da função reparatória por ocasião do momento em que é percebida quando do procedimento de imputação da responsabilidade: enquanto a função compensatória se presta a determinar quem será o responsável a arcar com o dano, independentemente do resultado danoso ter sido causado com base culposa ou não, a preventiva atua na inibição da prática repetitiva do ilícito. Assim, a responsabilidade civil amplia ainda mais seu escopo, no sentido de não só tutelar o dano ocorrido, mas a preservação da integridade do bem jurídico ainda sem ter sofrido dano efetivo.¹⁶

A este respeito, Flávia Portella Puschel¹⁷ narra que a função preventiva pode atuar através de dois efeitos distintos: um preventivo específico, clássico, que emana da ameaça da sanção da reparação; e um preventivo geral, que define um quase “mecanismo de enquadramento” das atividades sócio-econômicas da coletividade dentro de um padrão de aceitação, tendo em vista que tal efeito pode mesmo consistir na eliminação de certas atividades perigosas da economia em consequência da onerosa imputação de responsabilidade, que as inviabiliza. Entretanto, a própria autora apresenta que estes efeitos são tímidos quando da tutela de danos acidentais, o que esvazia a função preventiva com à imputação objetiva. Veja-se:

No caso dos danos causados acidentalmente, isto é, sem culpa, o efeito preventivo da responsabilidade civil tende a ser limitado, mas existe.

Se uma atividade oferece riscos inevitáveis, de modo que mesmo o comportamento mais cuidadoso de quem a exerce não é capaz de impedir a ocorrência de danos, a imposição de responsabilidade não poderá mudar essa realidade. Por outro lado, mesmo nesses casos, é claro que o comportamento *descuidado* é capaz de *aumentar* os riscos oferecidos pela atividade. Sendo assim, a imposição de responsabilidade civil terá o efeito de prevenir a ocorrência de danos até o limite em que o exercício cuidadoso da atividade em questão pode evitá-los.

¹⁴ “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p.178

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.* p.178

¹⁷ PUSCHEL, Flávia Portella. *Op. Cit.*, p. 091-107

De todo modo, a responsabilidade deve ser apenas um dos mecanismos em uma política de prevenção de acidentes. A experiência comprova que há outros meios, muitas vezes mais eficazes, de prevenção desse tipo de dano, como o controle e a fiscalização efetivos das atividades perigosas (PUSCHEL, 2012, p. 94)

Na linha do exposto, frise-se que a responsabilidade civil em seu viés preventivo é tão somente um dos mecanismos previstos em direito para a inibição de condutas perigosas, indesejadas e sua conseqüente reiteração, possuindo diferentes níveis de eficiência em diferentes contextos. Destarte, embora existente e ativa, ocupa posto secundário na base doutrinária da responsabilidade civil.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO *COMMON LAW* E OS *PUNITIVE DAMAGES*

No sistema do *common law*, assim como no direito romano-germânico, a responsabilidade civil, ou *civil liability* (termo correspondente ao instituto, em língua inglesa), existe em suas dimensões contratual (*contracteous liability*) e extracontratual (*torteous liability*).

Cada uma destas dimensões é regulada por diplomas distintos: enquanto a dinâmica empregada sobre os contratos se encontra positivada na chamada *law of contracts*, a responsabilidade civil extracontratual é prevista na assim denominada *law of torts*. Destacase, porém, que tais diplomas não regulamentam de forma exaustiva os institutos - há de se ter em mente que o *common law* possui como uma de suas principais fontes normativas a jurisprudência, que se presta a modular os efeitos da norma legal no plano concreto. Prosseguindo no alcance do objetivo traçado, detemo-nos aqui ao estudo da *law of torts*.

A *law of torts*, não se encaixando exatamente como um código legal tal qual conhecemos em nossa cultura jurídica, pode ser referida como um compêndio de situações danosas "modelo" no âmbito das quais faz-se justa a responsabilização daquele que lhe deu causa a indenizar a vítima pelo prejuízo sofrido. Destarte, na capitulação das ideias de John Salmond realizada por John G. Fleming¹⁸, "*there is no such thing as a law of tort, but merely a large group of unconnected wrongs, each with its own name, and that a plaintiff seeking recovery must find a pigeonhole in which to fit the defendant's conduct and the harm he has suffered before the courts will afford a remedy.*"

Desta feita, não deve ser a *law of torts* encarada como uma codificação, a exemplo do Código Civil ou algo do gênero, mas tão somente um documento que reúne as hipóteses nas quais um querelante terá de encaixar a conduta do agente causador do dano de forma a levá-lo aos tribunais pleiteando indenização pelo prejuízo sofrido.

Conceito nuclear para a compreensão deste tema é a denominação *tort*. Trata-se de concepção ainda muito discutida mesmo na doutrina do *common law*, mas que seria equivalente à noção de ato ilícito adotada no Direito Brasileiro. Empreendendo um destrinchamento do conceito tomando por base a doutrina predominante, André Tunc¹⁹

¹⁸ FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 4 ed. Melbourne: Law Book Co. Ltd., 1971. P. 6

¹⁹ TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI: *Torts, part. I*. Boston: Kluwer Boston, 1983. P. 7

identifica três elementos que, presentes simultaneamente, configuram uma conduta como *tort*: a identificação de um dano causado, previsto em lei, e que não constitua quebra de contrato ou, mais precisamente, que exista independentemente de relação contratual.

Assim, configurada a existência de *tort* que efetivamente produza uma lesão na esfera jurídica da vítima e identificado onexo causal, poderá o lesado pleitear sua indenização através de um *remedy*, categoria na qual os *punitive damages* se encaixam e que consistem nos instrumentos cabíveis para cada grupo de hipóteses de *tort*. A partir daí cabe à jurisdição decidir pelo encaixe do *remedy* e pela razão do *claim* (demanda) do querelante.

3.1 A origem dos *punitive damages*: a experiência inglesa

Como apresentado no início deste trabalho, os *punitive damages*, tal qual hoje são compreendidos, são uma criação do *common law* inglês. Como instituto, foram então integrados ao compêndio da *Law of torts* como um *remedy*, isto é, um dispositivo a ser aplicado pela jurisdição como um instrumento de solução de determinado gênero de litígios.

Interessante é notar que, no que interessa a letra legal no *common Law*, os *punitive damages* são assim definidos na *tort Law*, em tradução livre: “danos, diferentes dos danos compensatórios ou nominais, ganhos em face de uma pessoa de forma a puni-la por sua conduta ultrajosa e prevenir que ela e outros como ela exerçam conduta similar no futuro”²⁰

No entanto, quando se leva em conta que o instituto compõe uma construção normativa muito maior, reconhecidamente uma função punitiva da responsabilidade civil, suas origens podem ser traçadas desde a antiguidade. Afinal, no Código de Hammurabi, nas leis Hititas, no Antigo Testamento e no Direito Romano já existiam figuras de aplicação do dever de indenizar como forma de pena privada²¹.

Em suma, pode-se então afirmar, como na acertada leitura de Sofia Leite Borges²², que os *punitive damages* não são exatamente uma inovação no campo da responsabilidade civil, mas uma retomada de uma tendência ancestral. Tendência esta que, se permaneceu latente na cultura romano-germânica por influência do Direito Canônico e sua

²⁰ “*damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.*” RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §908 (1979)

²¹ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - vol. 43, nº 2 (2002), p. 1019-1112, p. 1026

²²BORGES, Sofia Leite. Os *punitive damages*: as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Lisboa : [s.n.], 2000.

proibição da usura, prosperou com vigor na cultura jurídica anglo-saxã, predominantemente utilitarista.

Prosseguindo, os *punitive damages per se*, em sua acepção moderna, tem sua primeira aparição na jurisprudência inglesa, em 1763, no caso *Huckle v. Money*. No referido *case*, funcionários a serviço do rei inglês, sem se encontrarem munidos de um mandado (*warrant*), adentraram à força nos aposentos do tipógrafo de um jornal opositorista, realizando uma busca ilegal por documentos. O Tribunal condenou os envolvidos a indenizar o tipógrafo em 300 libras, entendendo sua conduta como “inquisitória” e ali identificando uma violação da “liberdade” da vítima. Igualmente paradigmático foi o caso *Wilkes v. Wood* (1763) que também envolveu o tratamento dispensado pelo Rei George III a seus opositores e igualmente resultou na condenação dos agentes ao pagamento de indenização a título de *punitive damages*²³.

Daqui se depreende que o objetivo inicial da aplicação do instituto foi a de sancionar situações de abuso de poder por parte de autoridade pública ou de superior hierárquico, tendo sido sua aplicação posteriormente estendida para a sanção de “condutas particularmente ofensivas e vexatórias segundo os padrões sociais vigentes”, como invasão de propriedade alheia, insultos, ou mesmo “sedução de jovens donzelas”. Ainda, houve casos em que o litígio entre partes desiguais (i.e. empregado VS. Empregador), ainda que entes particulares, ensejou a aplicação de *punitive damages* sob a mesma ótica de abuso de poder²⁴.

Em verdade, os *punitive damages* tornaram-se instrumento muito difundido e largamente aplicado nos tribunais ingleses durante décadas, chegando ao ponto em que seu *scope* (âmbito de incidência) tornou-se tão abrangente que era difícil definir quais os elementos basilares que justificavam sua aplicação. Tal cenário só viria a mudar na segunda metade do século XX, em um movimento jurisprudencial que, estabelecendo dois critérios objetivos (*categories test* e *cause of action test*) para a aplicação desta espécie de dano, restringiu intensamente sua utilização no Reino Unido.

O referido movimento teve início com o caso *Rookes VS. Barnard* (1964)²⁵, cujo julgamento na Câmara dos Lordes levou à construção do *categories test* por Lord Devlin, autor do voto vencedor. Na decisão, afirmou o julgador que, apesar de se tratar de um instituto anômalo, não caberia à Câmara extinguir os *punitive damages*, vez que os Lordes estariam

²³ BORGES, Sofia Leite. Op. Cit. P. 8

²⁴ BORGES, Sofia Leite. Op. Cit. P. 13

²⁵ BORGES, Sofia Leite. Op. Cit. P. 14

vinculados aos precedentes; de qualquer sorte, caberia sim ali a modulação da aplicação dos referidos danos, que apenas passariam a ser concedidos em três hipóteses:

- i. Nas circunstâncias de situação expressamente prevista em ato legislativo, isto é, em lei;
- ii. Nos casos em que comprovadamente se configurasse atuação opressiva, arbitrária ou inconstitucional por parte de funcionário público;
- iii. Quando se verificasse a existência de conduta deliberada por parte do agente causador do dano que lhe renderia lucro (pecuniário ou não) superior à indenização paga ao lesado a título de reparação. Vale destacar que este requisito foi ampliado em decisões posteriores, tornando desnecessária a prova da conduta deliberada do agente desde que houvesse indícios suficientes de que ele sabia ou deveria saber que sua conduta era ilícita, mas mesmo assim prosseguiu com ela. (*Broome VS. Cassel*, 1972).

O segundo requisito estipulado (*cause of action test*) foi, por sua vez, construído no julgamento do *case A.B. VS. South West Waters* (1993) pelo Tribunal de Apelação Inglês. A decisão deste litígio acabou por fixar um critério temporal para aplicação dos *punitive damages*, determinando que estes só poderiam ser atribuídos nos casos em que cujos *torts* (aqui entendidos por atos ilícitos) já contassem com precedentes de aplicação de *punitive damages* antes de 1964, isto é, antes da decisão do caso *Rookes VS. Barnards*²⁶.

Por óbvio, tal determinação acabou por restringir ainda mais a aplicação dos danos punitivos na Inglaterra, promovendo um curioso cenário quando se leva em conta que, hoje em dia, os *punitive damages* ocupam posição restrita e excepcional na própria ordem jurídica em que foram concebidos. Entretanto, conforme aprofunda Sofia Leite Borges²⁷, há de ser destacado que o atual tratamento dispensado ao instituto no Direito Inglês não se evadiu de críticas, sendo a principal delas relativa à artificialidade com a qual foi restringido seu âmbito de abrangência, manobra esta que impossibilitou muitos casos, nos quais a aplicação do instituto se faria útil, de se valerem do *remedy*.

3.2 A experiência norte-americana

²⁶ BORGES, Sofia Leite. Op. Cit. P. 18

²⁷ BORGES, Sofia Leite. Op. Cit. p. 22

Tendo o sistema jurídico americano sido originado do sistema inglês em virtude da colonização, nada mais natural que os institutos e noções deste último fossem passados ao primeiro. Desta feita, mediante a utilização da mesma sistemática da *Law of Torts* como referencial à responsabilidade civil aquiliana foi que os *punitive damages*, também como *remedy*, foram integrados à jurisprudência norte-americana. Ponto de destaque é que, no que não será aprofundado neste trabalho, as cortes americanas admitem a aplicação dos *punitive damages* mesmo no âmbito da responsabilidade contratual - tal aplicação apenas conheceu precedente, em excepcionalíssimos casos, na jurisprudência inglesa do século XIX.

Prosseguindo, curioso é porém notar que, se no Reino Unido a aplicação dos *punitive damages* foi a tal ponto restrita que hoje ocupa posição periférica dentre os remédios legais, a jornada do instituto nos EUA parece ter rumado no sentido contrário, visto que sua aplicação pelos tribunais se encontra em plena expansão desde a década de 1960²⁸.

É sabido que os danos punitivos em seus moldes atuais são aplicados nos EUA ao menos desde 1851, ano em que a figura já era expressamente consagrada pela Suprema Corte. Não obstante, é desde meados do século XVIII que já se contemplavam casos em que a indenização a ser paga à vítima era majorada em decorrência da reprovabilidade da conduta do agente, como nos casos em que o sujeito engravidou a companheira e quebrou a promessa de casamento, fugindo depois (*Coryell VS. Colbaugh, 1791*) e em que o médico colocou um medicamento inofensivo errado no copo do paciente, por brincadeira, causando-lhe dores (*Genay VS. Norris, 1784*).²⁹

Fato é que os *punitive damages*, em acepção que permanece atual, foram e são aplicados na jurisprudência americana com o escopo de desestimular e verdadeiramente punir o agente que atua de forma, na lição de Leite Borges³⁰, “*especialmente censurável, seja atendendo a motivos de ordem subjetiva (desrespeito deliberado e chocante pelos direitos da vítima), seja atendendo a motivos de ordem objectiva e social, em atenção ao tipo de danos causados ou à particular gravidade da conduta do agente (reprovação social independentemente da culpa do agente e baseada na indiferença, revelada pelo agente, face aos direitos da vítima – poluição, produtos perigosos, conduta comercial fraudulenta) e com vista ainda a impedir a reiteração de um determinado comportamento contrário à ordem jurídica.*”

²⁸ In BORGES, Sofia Leite. Ob.cit. p. 26

²⁹ In LOURENÇO, Paula Meira. Op. Cit. P. 1030

³⁰ In BORGES, Sofia Leite. Ob.cit. p. 23

Retomando, no que diz respeito à aplicação dos *punitive damages* nos EUA, são também apontados como fatores determinantes para o *boom* deste instituto na jurisprudência: a) a admissão de sua aplicação nos casos de negligência grosseira; b) a admissão de sua aplicação em modalidades de responsabilidade civil sistematizadas como objetivas (*strict liability*) na *Law of torts* (i.e. responsabilidade do produtor pelo produto); e c) a admissão dos *punitive damages* no âmbito da responsabilidade contratual, conforme já relatado supra³¹.

Falando em âmbitos de incidência, no que aqui vamos nos ater à responsabilidade aquiliana, pode-se destacar, nestes termos, a aplicação dos *punitive damages* quanto à negligência grosseira, à responsabilidade do produtor, à tutela de interesses difusos e coletivos (i.e. meio ambiente e saúde pública) e à sanção da conduta das grandes empresas que adotam políticas ofensivas em relação ao consumidor.

No que tange à negligência grosseira (*Gross negligence*), os danos punitivos têm sido aplicados tanto sob uma finalidade punitiva quanto preventiva. Desde finais do século XIX a jurisprudência norte-americana já apontava para o alargamento da negligência grosseira como conduta dolosa, em uma lógica que muito se aproxima do instituto brasileiro do dolo eventual – nestas ocasiões, os tribunais dispensavam a prova da culpa, uma vez que a vítima conseguisse suscitar suficientes evidências de que o agente, por sua conduta, assumiu o risco do evento danoso. Neste âmbito, destacam-se condenações ao pagamento de *punitive damages* em casos de acidentes de trabalho, acidentes de viação (transportes) e negligência médica. Exemplo paradigmático que ainda hoje permanece como precedente é o caso *Missouri Pacific Railway VS. Shuford* (1888), julgado no Supremo Tribunal do Texas³².

Quanto à responsabilidade do produtor, cumpre salientar que nos EUA esta se dá de maneira objetiva, independente de análise de culpa – por seu produto, o fabricante é objetivamente responsável (*strictly liable*). Neste quesito, nota-se que na segunda metade do século XX a maior parte dos tribunais norte-americanos passaram a deferir a condenação de fabricantes ao pagamento de *punitive damages* nos casos em que os lesados foram capazes de provar que a outra parte agira com *negligência grosseira ou indiferença flagrante pelos seus direitos*³³.

³¹ BORGES, Sofia Leite. Ob.cit. p. 23

³² Neste sentido: Court Of Appeals of Texas, **Poole v. Missouri Pacific R. Co., 638 S.W.2d 10 (Tex. App. 1982)**. Disponível em <<https://www.courtlistener.com/opinion/2442810/poole-v-missouri-pacific-r-co/>>. Acesso em 16/07/2016

³³ LOURENÇO, Paula Meira. Ob. Cit. P. 1040

O civilista italiano Giulio Ponzanelli, tendo se debruçado sobre a experiência jurisprudencial norte-americana no tema dos *punitive damages*³⁴, concluiu pela tipificação das hipóteses nas quais eram garantidos os *punitive damages* no âmbito da responsabilidade do fabricante como as seguintes: a) quando há conduta comercial fraudulenta; b) quando há violação de normas legais relativas à segurança dos produtos; c) quando há inadequada verificação ou controle de qualidade do produto; d) quando há desrespeito pelo dever de aviso acerca dos perigos da utilização do produto e; e) quando há descumprimento da obrigação de eliminar defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo após o produto já se encontrar em circulação.

Neste quesito, uma das mais célebres contendas já analisadas pela jurisprudência americana foi o caso *Grimshaw VS. Ford Motor Co*³⁵, ocorrido em 1981. Tal caso envolveu um automóvel modelo Ford Pinto, que após uma colisão de pouca gravidade na traseira, ardeu em chamas em razão da explosão do tanque de combustível, causando a morte de seu proprietário, além de ferimentos graves nos demais passageiros.

No decorrer do processo acabou por se comprovar que a explosão se deu em razão da fragilidade do material utilizado na fabricação do tanque, fato que era de conhecimento da Ford. O caso chegou a seu clímax quando os procuradores da vítima tiveram acesso a um memorando interno da empresa que não só comprovava que a Ford sabia do problema, mas revelava que a fabricante havia realizado um cálculo no qual verificou que seria mais economicamente vantajoso não realizar o recall e arcar com as eventuais indenizações a que seria condenada na justiça do que corrigir o problema. Diante de tamanha conduta repulsiva e desrespeitosa perante a vida humana, o Tribunal da Califórnia condenou a empresa ao pagamento de 4.5 milhões de dólares a título de danos reparatórios, somados de 125 milhões de dólares a título de *punitive damages*, tendo sido este valor posteriormente reduzido, em grau de recurso, a 3.5 milhões de dólares³⁶.

Tratando agora da admissão dos *punitive damages* na tutela de interesses difusos e coletivos, especialmente nas áreas da saúde pública e do meio ambiente, a análise jurisprudencial³⁷ revela que é nesta área que se identificam as maiores condenações, em valores, ao pagamento de *punitive damages*. Isto se justifica, em parte, pelo fato de que nestes casos os lesados são toda a coletividade, e não um único indivíduo ou grupo isolado,

³⁴ PONZANELLI, Giulio. *I Punitive Damages Nell'esperienza Nordamericana*. RDC, Anno XXIX, 1983 *apud* LOURENÇO, Paula Meira. Ob. Cit.

³⁵ BORGES, Sofia Leite. Ob. Cit. P 29

³⁶ BORGES, Sofia Leite. Ob. Cit. P 29

³⁷ BORGES, Sofia Leite. Ob. Cit. P 31

circunstância esta que abranda discussões comuns no tema, tais como a do enriquecimento ilícito da vítima.

Case paradigmático na área é o que ficou conhecido como caso *Exxon Valdez*, ocorrido de 1989. Aqui, um navio petroleiro de propriedade da *Exxon* naufragou na costa do Alasca, o que provocou o vazamento do combustível que carregava, poluindo uma área de 1750 km² onde havia diversas reservas naturais. Diferente do que se pode pensar, a responsabilidade neste caso não foi atribuída objetivamente, mas porque supostamente a empresa não afastou do cargo o capitão do navio, que era alcoólatra. Independente disto, sabe-se que a aplicação de um montante tão vultoso a título de *punitive damages* (US\$ 5 bilhões, montante depois reduzido para US\$ 1 bilhão) teve um objetivo mais didático e preventivo do que propriamente punitivo³⁸.

Passando à utilização dos *punitive damages* como instrumento de indicação de reprovabilidade em face da conduta adotada por grandes empresas em face do consumidor, é preciso primeiro estabelecer uma pequena distinção.

Conforme relatado supra, é flagrante que se pode notar no caso do Ford Pinto, por exemplo, que a empresa atuou como enorme descaso e negligência no que se refere a seu tratamento para com os consumidores – o que pressupõe, por óbvio, a adoção de uma política empresarial hostil e reprovável. Contudo, como aqui adotamos a sistemática de apresentar os mais relevantes exemplos de aplicação dos *punitive damages* tomando por base a principal motivação de sua ingerência, natural é que seja colocado o referido caso na sessão da responsabilidade do produtor, tendo em vista que foi neste escopo que a ofensora foi processada. Destarte, é por isso que casos como este não seriam classificados sobre a espécie de que agora se trata.

Prosseguindo, a presente categoria engloba as situações nas quais empresas acabaram por lesar seus consumidores em razão de não terem adotado uma postura que lhes proporcionasse mais conforto, bem estar ou, ao menos, menor risco ao usufruir de seus produtos.

O caso paradigmático desta hipótese, que repercutiu em todo o mundo, sendo muitas vezes referido como “frívolo” e fomentando um verdadeiro debate em torno da *tort Law* à época, foi o litígio *Stella Liebeck VS. McDonalds* julgado no Tribunal do Novo México em 1994, no qual a Sra. Liebeck, uma idosa, comprou um café em uma loja da rede McDonalds e acabou por entorná-lo em suas pernas, sofrendo queimaduras de 3º grau. Além

³⁸ BORGES, Sofia Leite. Ob. Cit. P 31

de apresentar que o McDonalds não ofereceu qualquer tipo de assistência à cliente, não tendo nem ao menos chamado uma ambulância, a defesa da Sra. Liebeck argumentou (no que foi o argumento nevrálgico no convencimento do júri) que a temperatura na qual a lanchonete servia o café era excessiva e provocava queimaduras severas em poucos segundos, o que revelaria o descaso da rede em pensar no melhor para seus clientes. Embora as partes tenham selado um acordo secreto que especula-se beirar US\$ 600 mil, o júri condenou a empresa, em primeira instância, ao pagamento de 2.9 milhões de dólares em *punitive damages*³⁹.

Não sem livrar-se de polêmicas, o fato é que os *punitive damages* são hoje um instituto perfeitamente solidificado e recorrente na jurisprudência norte-americana, e que não parece demonstrar indícios de que cairá em desuso tão cedo.

3.3 Síntese

Em abordagem sintática, se pode definir que os chamados “danos punitivos” são tutelados dentro do *common Law* de maneira, se não pacífica, ao menos alinhada para com os valores culturais das sociedades em que imperam. Desta feita, servem a quatro objetivos principais, quer sejam: a) a punição do agente lesante por sua conduta; b) pacificação social, no sentido de evitar a sensação de impunidade, prezando assim para que a vítima não seja impelida a se vingar; c) prevenir e desestimular a coletividade a reproduzir condutas danosas, sendo mantido este efeito especialmente nos casos em que mera indenização do dano causado não tenha patamar persuasivo suficiente e; d) “remunerar” de certa maneira a vítima como recompensa por seu empenho em perseguir e fazer valer seu direito, ponto este que tem uma nuance estimulante perante a sociedade e reafirmadora perante as instituições da Justiça.⁴⁰

Tais danos, regra geral, tendem a ser concedidos mediante uma análise de fatores subjetivos, quando se é verificado que o agente causador agiu com dolo ou culpa grosseira, por exemplo, e sobretudo atingindo e lesando um grande número de pessoas, razão pela qual são mais comumente encontrados em condenações no âmbito de *class actions*, ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, como os direitos de consumidores de determinado produto, por exemplo. Neste sentido, MARTINS-COSTA e PARGLENDER⁴¹ asseveram:

³⁹ BORGES, Sofia Leite. Ob. Cit. P 32

⁴⁰ Neste sentido MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 34

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith et PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive*

Mesmo na presença de uma base filosófico-cultural estritamente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível – para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil, com a punição/prevenção – a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude, etc) a marcarem a conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tornar-se um jogo de azar, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiperprevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva. (MARTINS-COSTA et PARGLENDER, 2005, p. 23)

Ademais, cumpre aqui destacar que a dinâmica jurisprudencial do direito anglo-saxão facilita e muito a aplicação concreta do instituto, tendo em vista a grande discricionariedade conferida ao julgador nestes sistemas. Assim, uma vez reconhecido o *tort* e identificados os *punitive damages* como *remedy* a ser aplicado, não fica o magistrado adstrito a parâmetros legais para o arbitramento da indenização – a norma é criada no caso concreto, podendo o júri condenar o agente ao pagamento de indenização muito superior ao dano efetivamente causado sem que sua decisão seja maculada de qualquer forma.

Conforme se verá adiante, não é este o cenário encontrado quando do momento de aplicação de função punitiva no Direito Brasileiro, cuja própria existência é motivo de discussão, quiçá sua aplicação.

4 A FUNÇÃO PUNITIVA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

4.1 A função punitiva

Conforme anteriormente abordado, dado ao grande destaque que o estudo da função punitiva ocupa neste trabalho, optou-se por abordar o tema em capítulo próprio, de forma autônoma em relação às demais funções da responsabilidade civil, aqui já trabalhadas. Tal escolha, entretanto, não finda apenas uma melhor organização de ideias. Fato é que a aplicação da função punitiva é ainda fruto de muitos debates doutrinários, sofrendo espancamento por parte expressiva da produção acadêmica nacional, resistente até mesmo em reconhecer sua própria existência no Direito Civil Brasileiro.

Ocorre que esta animosidade, como não poderia deixar de ser, não é infundada. Reconhecer e aceitar que a tutela da responsabilidade civil no Brasil compreende também uma função punitiva implicaria, na visão de muitos autores, em se golpear duramente certos pilares principiológicos sobre os quais todo o sistema de imputação civil foi construído no país, em um esforço de décadas a fio.

Em primeiro lugar, a previsão do art. 944 do Código Civil Brasileiro de 2002⁴² determina que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, vedando-se assim, *contrario sensu*, a condenação ao pagamento de qualquer indenização maior que o dano efetivamente causado. Não obstante, o parágrafo único do mesmo artigo ainda abre a possibilidade ao juiz de, havendo desproporcionalidade entre a gravidade da culpa do agente e o dano, *reduzir* a indenização. Assim, também *contrario sensu*, o aumento da indenização seria vedado. Trata-se de um dispositivo que segue a linha do princípio da reparação integral, já abordado supra.

Em segundo lugar, compreendida a dimensão punitiva em estudo como pena privada, esta estaria violando o primado da legalidade *nulla poena sine lege* (não há pena sem prévia cominação legal), princípio positivado na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, XXXIX⁴³. Insta salientar que tal disposição é rígida, consistindo em uma cláusula pétrea.

Em terceiro lugar, o fato da vítima auferir o valor da indenização a maior para si configuraria violação direta ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, previsto nos arts. 884⁴⁴ e seguintes do Código Civil de 2002.

⁴² **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano

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

⁴³ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴⁴ **Art. 884.** *Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o*

Contudo, na mesma medida, há de se ter também a consciência de que o Direito é uma ciência orgânica, que tem por objeto de estudo e campo de atuação as relações sociais humanas, complexo cenário que é marcado pela imprevisibilidade e constantes alterações. Neste sentido, se as convulsões sociais e as alterações na natureza das relações interpessoais promovidas pelo passar das eras passam a exigir dos juristas soluções alternativas para problemas originais, não é razoável que tais inovações, originadas a partir da demanda pública, sejam mutiladas somente por não se adequarem à dogmática clássica.

De qualquer sorte, para se analisar uma questão tão complexa é necessário se conhecê-la a fundo, a fim de que se tenha lastro sobre o qual se possa tecer uma conclusão embasada. Assim, inicia-se agora a abordagem da função punitiva e sua aplicação no Brasil.

4.2 Função punitiva no Brasil

Função punitiva consiste em reconhecer um viés retributivo da responsabilidade civil, punindo-se o agente lesante em decorrência do ato ilícito praticado através de sua condenação ao pagamento de indenização (ou compensação) fixada em patamar que tenha capacidade de imprimir no causador do dano o sentimento de que condutas como a por ele titularizada não são toleradas dentro da ordem jurídica vigente.

A este respeito, Sérgio Cavalieri Filho se posiciona:

[...] não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 103)

Dando partida ao tema da aplicação nacional, cumpre deixar bem claro que, não obstante a todas as críticas tecidas a este feito, a função punitiva é, sim, aplicada na jurisprudência brasileira. Neste sentido, em muito esta aplicação é resultado da “importação” dos *punitive damages* presentes no *common Law* norte-americano, muito embora também se difira em muitos aspectos em relação a estes.

indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”

Conforme esclarece Anderson Schreiber⁴⁵, os *punitive damages* em si não existem de forma autônoma na jurisprudência brasileira, sendo aplicados através de uma majoração dos danos morais, isto é, embutidos nestes últimos. Nesta esteira, no que tange ao tratamento doutrinário dispensado aos danos punitivos no Brasil, fala-se de um duplo caráter dos danos morais: um caráter compensatório, que corresponde ao efetivo dano moral sofrido pelo lesado, e um caráter punitivo, que serviria de castigo ao agente causador do dano em razão de sua conduta reprovável, um verdadeiro desestímulo. Este ponto já revela uma importante característica: no Brasil, os danos punitivos não são compreendidos como uma categoria autônoma de danos.

Engana-se porém quem pressupõe que a temática é nova. Na lição de Flávia Portella Puschel⁴⁶, discussões doutrinárias a respeito de um traço punitivo presente nos danos morais datam de antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Na verdade, neste período já se lançavam as bases de uma das grandes contradições que permeiam este tema: o estabelecimento de uma distinção entre as “funções gerais da responsabilidade civil” e outras “funções específicas”, que se manifestariam em casos pontuais de imputação, como na responsabilidade por danos morais. Destaca a autora:

De modo que, anteriormente à entrada em vigor do CC de 2002, formou-se na doutrina da responsabilidade civil uma espécie de curiosa contradição entre o que se considera ser a função da responsabilidade civil em geral e as funções muitas vezes atribuídas a um caso específico de responsabilidade, que é a responsabilidade por danos morais.

(...)

Os autores não explicam a aparente contradição entre o objetivo de punição do causador do dano e aquilo que afirmaram antes acerca do fim da responsabilidade civil. Seria o dano moral uma exceção à regra? Nesse caso, qual seu fundamento?

É apenas nas obras que cuidam especificamente da responsabilidade por dano moral que se encontra a discussão do tema da função punitiva da responsabilidade civil na doutrina brasileira. Mas, mesmo nesses casos, a abordagem normalmente encontrada na doutrina nacional deixa as questões acima sem resposta satisfatória (PUSCHEL, 2007, p. 19).

Ademais, reforça esta idéia de contradição, que mesmo aponta para uma natureza *sui generis* dos danos morais, o fato de esta espécie de dano não poder ser, de fato, indenizada, mas tão somente compensada. Isto porque há grande dificuldade em se quantificar

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - da erosão de filtros de reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pp. 211-219

⁴⁶ PUSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista DireitoGV*, v. 3, n. 2, São Paulo, 2007, p. 017-036

o dano moral, de sorte que não é concretamente possível estipular reparação suficiente que faça a vítima retornar ao *status quo ante* do evento danoso.

Soma-se a estes questionamentos a absoluta ausência de tutela legal dispensada ao tema, que encontra lastro tão somente na doutrina, muito controversa, e na difusa jurisprudência que, embora o aplique em larga escala, falha em estabelecer critérios claros para sua fundamentação. Assim, é no intuito de lançar luz sobre a questão que a análise agora se foca nos danos morais.

4.3 Os danos morais

A rigor, a tradição civilista brasileira classifica os danos em materiais e imateriais. Danos materiais positivos ou emergentes seriam os danos patrimoniais imediatos após o dano, cuja aferição não é só possível, mas obrigatória, e que quantitativamente consistem no efetivo prejuízo causado à vítima em relação a seu patrimônio no momento anterior ao evento danoso, portanto representável pela equação Patrimônio Anterior – Patrimônio Posterior = Prejuízo (dano). Cumpre ressaltar, porém, que esta equação não é tão simples, não representando a única espécie de dano material existente. Há outros, como os lucros cessantes, que consistem na perda de ganhos futuros certos ou muito prováveis em razão do evento danoso⁴⁷; não obstante, tais noções não serão aqui aprofundadas por fugirem do escopo do trabalho.

Adiante, se tem os danos imateriais. Embora se configure como gênero sob o prisma epistemológico, a expressão “danos imateriais” é muitas vezes utilizada como sinônimo de danos morais, sendo estes espécie daqueles, muito embora possam ser definidos como “os danos imateriais por excelência”. Diz-se isso porque a realidade jurídica nacional vem aceitando *novas modalidades de danos* que vêm a se encaixar sob o rótulo de danos imateriais. Dentre alguns destes *novos danos*⁴⁸ pode-se citar os danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance, cujos méritos levantam hoje uma

⁴⁷ Neste sentido: “O *lucro cessante* traduz-se na dicção legal, o que a vítima *razoavelmente deixou de lucrar*. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não houvesse ocorrido o dano.” VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30

⁴⁸ Os chamados *novos danos* vêm sendo aceitos pela doutrina e jurisprudência pátrias se somando aos chamados *danos clássicos ou tradicionais*, classificação que comporta os danos materiais e os danos morais *strictu sensu*. Sobre o tema: SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - da erosão de filtros de reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013

das mais interessantes discussões na seara da responsabilidade civil, mas que aqui não será aprofundada.

Prosseguindo, relata-se que o surgimento dos danos imateriais/morais como categoria autônoma de danos, que tem o condão de ensejar a compensação por parte do agente causador, é fruto de uma mudança profunda de conjuntura, não só no campo civil, mas em todo o Direito Brasileiro.

Conforme revela Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁹, sob a égide do pós-positivismo, e mais especificamente do neoconstitucionalismo, como principal alicerce axiológico de orientação da superestrutura do Direito nacional, é notória a grande mudança de rumo adotada pelo Direito Civil brasileiro nas últimas décadas. O destaque fica para o incisivo processo de “despatrimonialização” desta seara, que com o advento da Constituição Federal de 1988 e o levantamento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como estandartes absolutos, passou a caminhar mais na direção da proteção à integridade dos indivíduos em detrimento da dos patrimônios. Integridade esta que agora é encarada como conceito complexo, multifacetado e interpretado de maneira extensiva, compreendendo não só a nuance patrimonial, mas também a cultural, moral, física e psíquica.

Tal mudança endógena de paradigma, aliada a fatores exógenos de alterações nas relações interpessoais e na dinâmica da sociedade, por decerto resultaram no nascimento de novos institutos que visam suprir a função de proteção do Direito mediante estes cenários inéditos. Assim, pode-se dizer que os danos morais são frutos diretos deste movimento de transformação da ordem normativa brasileira.

Nesta toada, arremata a autora:

O advento da Constituição Federal de 1988 e a opção preferencial pela dignidade humana, inserida entre seus princípios fundamentais, fizeram com que a perspectiva jurídica tomasse a si o papel garantidor da transição em direção ao “personalismo”, ausente em outros momentos históricos quando a Igreja, o Estado e o Exército tiveram alçadas de poder em relação às escolhas individuais. Tais escolhas, porém, do ponto de vista do personalismo, só podem ser feitas por cada um, individualmente, e devem, por isso mesmo, ser garantidas pelo Direito.

(...)

Desse modo, a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social. A estrutura do instituto, relativamente simples e flexível, apesar de suas dicotômicas controvérsias, converteu- num amálgama formado por diversas variadas funções, que lhe foram sendo atribuída jurisprudencialmente e que hoje carecem de sistematização, ainda a ser levada a cabo pela doutrina.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23-29

(...)

Cumpra, pois, examinar essa questão à luz dos fenômenos jurídicos atuais. Especialmente, cumpra examiná-la à luz da definitiva mudança ocorrida no núcleo do sistema de Direito Civil, em que a codificação civil perdeu a centralidade de outrora como sede dos princípios gerais – enfraquecendo-se, em consequência, a ótica predominantemente patrimonialista que preside o Código Civil. (MORAES, 2003, p.23-29)

Ocorre que, conforme já citado, a ingerência dos danos morais, embora aceitos e fomentados de forma absoluta por doutrina e jurisprudência, perpassa por uma série de questionamentos, dada a ausência de qualquer previsão normativa que esgote, ou mesmo direcione, a tutela do tema. Não há nem mesmo um conceito consensual para o que é “dano moral”, embora muitas propostas existam. Silvio Rodrigues o define como “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”⁵⁰, enquanto Carlos Roberto Gonçalves nega tal visão ao alegar que “esses estados de espírito constituem do conteúdo, ou melhor, as consequências do dano”⁵¹, não se confundindo com este. Há ainda quem defenda o dano moral como conceito por exclusão, que abarcaria todo e qualquer dano não patrimonial. Seja qual for o posicionamento, nota-se que o tema é eivado de complexidade desde seu marco inicial.

Diante desta trama de indagações e incertezas, nada mais natural seria que tal cenário se repetisse quando da aplicação concreta, jurisprudencial, do instituto. Neste sentido, os pontos nevrálgicos da problemática nesta etapa são dois: em primeiro lugar, a dificuldade que se tem para um enquadramento didático e finalista do dano moral, vez que sua própria essência é epistemologicamente obscura e; em segundo lugar, o desafio enfrentado pelo julgador no momento de se arbitrar quantitativamente a extensão dos danos morais para fins indenizatórios/compensatórios. Afinal, se a Carta Magna de 1988 encerrou o debate a respeito da reparabilidade ou não dos danos morais, por outro lado deixou o jurista e o magistrado “a ver navios” no que tange à sua modulação e manifestação reais.

Fato é que, ainda que danos morais sejam um tema polêmico em si, o levantamento de sua aplicação pela jurisprudência brasileira não deixa dúvidas quanto a seu forte viés punitivo.

⁵⁰ ANDRADE, 2006, p. 38 *apud* RODRIGUES, 1989, p. 206

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 548

4.3.1 Danos morais e função punitiva na jurisprudência brasileira

Em recente e abrangente pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça e organizada por Flávia Portella Puschel⁵², a colcha de retalhos que é a indenização por danos morais no Brasil se mostra ainda mais evidente, muito embora o estudo também possibilite a identificação de traços comuns no entendimento dos Tribunais Estaduais, TFRs e TRTs. No intuito de traçar este panorama, o trabalho se propôs a analisar quais os critérios empregados pelos tribunais quando, especificamente, do momento de se arbitrar os valores das compensações a serem pagas às vítimas. Para tanto, a equipe realizou uma triagem de julgados por meio de palavras chave, relacionando a força de cada critério de acordo com a frequência em que determinada expressão aparecia nos acórdãos.

Neste sentido, os pesquisadores concluíram que a inteligência jurisprudencial geral realizava, quando da fixação do *quantum debeat*, um raciocínio em duas frentes, que acabou por fomentar a divisão dos critérios analisados em duas categorias. A primeira delas se volta para a compensação do lesado, reunindo os chamados os chamados critérios limitadores, enquanto a outra objetiva a punição do lesante, concentrando os chamados critérios punitivos. Veja-se:

A análise dos critérios empregados pelos tribunais em seu discurso de justificação dos valores de reparação de danos morais forneceu o elenco de tais critérios e sua frequência, bem como outras informações importantes.

Percebeu-se que há critérios voltados à compensação da vítima, ao lado de critérios limitadores (como a proibição do enriquecimento sem causa), além de diversos critérios excessivamente vagos, como “razoabilidade”, ou simplesmente “as circunstâncias fáticas”. O uso de critérios excessivamente vagos pode ser apenas a manifestação de um déficit de fundamentação das decisões judiciais que não é exclusivo dos casos de danos morais. Mas pode ser também um indício de que a jurisprudência sobre este tema específico ainda não atingiu maturidade suficiente. De todo modo, vale lembrar que a vagueza e a grande variedade de critérios identificados não parece afetar a estabilidade do valor das condenações.

Finalmente, dado importante é a constatação do grande uso de critérios punitivos na justificativa do cálculo dos valores dos danos morais a serem compensados. **Isto indica que, apesar das divergências doutrinárias ainda existentes, a jurisprudência aceita a idéia de que a responsabilidade civil por danos morais deve servir para punir/dissuadir o autor de atos ilícitos** (PUSCHEL [coord.], 2011, p. 24).

⁵² PUSCHEL, Flávia Portella.(Coord.) A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, nº 37. Ministério da Justiça: Brasília, 2011

O estudo adotou como principais critérios punitivos o uso de expressões como “função punitiva”, “função pedagógica”, “função preventiva” e “simples violação de direito” nos acórdãos consultados, e revelou que dentre os Tribunais de Justiça, em 202 acórdãos analisados, o que corresponde a 52% dos casos, foi citado ao menos um critério punitivo, sendo o mais citado “simples violação de direito” (72 vezes), seguido da referência expressa à “função punitiva dos danos morais” como segundo mais presente (66 vezes).⁵³

Não foi diferente a conclusão da pesquisa realizada em outros ramos do Judiciário. Nos Tribunais Regionais Federais, em 251 acórdãos analisados (84,51% dos casos) houve referência a ao menos um critério punitivo, sendo os mais citados a “simples violação de direito” (150 vezes), seguida de “função punitiva” (124 vezes)⁵⁴. A seu lado, na pesquisa sobre a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, em 310 dos acórdãos analisados (86,35% do total) detectou-se referência expressa a critérios punitivos, sendo os mais citados a “capacidade econômica do ofensor” (186 vezes), seguida de “função preventiva” (143 vezes) e “função pedagógica” (142 vezes), compreendidas neste sentido como sinônimos para a “função punitiva”, expressamente citada 124 vezes.⁵⁵

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou expressamente no sentido de reconhecer uma dupla função, compensatória e punitiva, das condenações ao pagamento de danos extrapatrimoniais, vez que apresenta o valor do dano moral como devendo ser fixado em patamar suficiente a “reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida”⁵⁶. Neste ínterim, porém, é necessário destacar que o Tribunal tão somente aplica esta concepção através da majoração de condenações que julga irrisórias ou diminuição daquelas que julga exorbitantes, visto que se abstém da análise de questões de fato.

Neste sentido, veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO

⁵³ PUSCHEL, Flávia Portella.(Coord.) A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, nº 37. Ministério da Justiça: Brasília, 2011, p. 26

⁵⁴ PUSCHEL, Flávia Portella.(Coord.) A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, nº 37. Ministério da Justiça: Brasília, 2011, p. 29

⁵⁵ PUSCHEL, Flávia Portella.(Coord.) A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, nº 37. Ministério da Justiça: Brasília, 2011, p. 31

⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça, **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. Disponível em: <[HTTP://www.stj.jus.br/portal_stj?publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj?publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>. Acesso em: 10/07/2016

SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ.
2. Quando a **função punitiva dos danos morais** não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.
3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).
4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento. (STJ, Terceira Turma, REsp n. 1171826/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17/05/2011)

A mesma conclusão se absorve da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que igualmente atribui duplo caráter ao dano moral, conforme se pode extrair de trecho do voto do Ministro Celso de Mello proferido no Agravo de Instrumento 455.846, cuja decisão manteve a condenação da União em indenizar, a título de danos morais, os pais de menor que faleceu em decorrência de erro médico praticado em hospital público⁵⁷:

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque **a dupla função inerente à indenização civil por danos morais**, enfatiza, quanto a tal aspecto, **a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“punitive damages”)**, de um lado, **e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial**, de outro. (sem grifo no original - STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* n. 364)

Fato é que a jurisprudência nacional, sendo “berço” da função punitiva no Brasil à revelia da ausência de parâmetros legais, a adota com considerável pacificidade, encontrando-se a polêmica do instituto ali restrita à quantificação dos danos morais em si, dada à endêmica impossibilidade de mensurar o dano não-patrimonial. Entretanto, isto não significa que a jurisdição aplique indenizações punitivas indiscriminadamente – tratando-se de tema tão delicado e aberto a argumentações, é natural que sejam criados critérios para tal.

Nesta toada, MARTINS-COSTA e PARGLENDER⁵⁸ esclarecem que o acolhimento da função punitiva nos danos morais pela jurisprudência brasileira, ainda que de

⁵⁷Supremo Tribunal Federal. **STF mantém decisão que condena União a indenizar pais de vítima de erro médico**. Disponível em: < <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63567>>. Acesso em: 10/07/2016

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith *et* PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito Brasileiro. Revista do CEJ, n. 28, Brasília, 2005, p. 15-32

forma simultânea com outras funções (como a compensatória), sujeita a fixação do *quantum debeat* a certos critérios, geralmente aplicados de dois a três em um acórdão: i) o grau de culpa do ofensor; ii) condição econômica do causador do dano; iii) o enriquecimento obtido, pelo lesante, em razão de seu comportamento ilícito.

Além destes parâmetros, tidos como principais, costumam se somar mais dois, quer sejam: a intensidade do sofrimento suportado pela vítima (e a duração desta condição ao longo do tempo), estando inclusos neste critério a avaliação da privação do acesso da vítima aos prazeres da vida social e íntima e a “perda de uma chance”⁵⁹, bem como as condições econômicas do ofendido, para fins de se prevenir o enriquecimento sem causa.

4.4 Danos morais e *punitive damages*

A esta altura, apresentados os institutos, não é defeso concluir que a manifestação da função punitiva nos danos morais em muito se difere daquela de aplicação da indenização punitiva na jurisprudência norte-americana. Desta feita, é notável a distinção no sentido de que o dano moral é construção mais complexa, de cunho integralmente axiológico e subjetivo, que tem como função primordial compensar a vítima, carregando a tira-colo a possibilidade de sanção ao lesante como um *plus*.

Nesta linha, ideia diversa é a apresentada pelos *punitive damages*, que não encontram outro propósito senão a punição do ofensor em decorrência de sua conduta danosa intolerável pela ordem jurídica, sendo, portanto, impassíveis de serem aplicados de forma objetiva - ao contrário do que se detecta no Brasil. Em arremate final, destacam MARTINS-COSTA e PARGLENDER:

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 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 com o 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 reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor,

⁵⁹ Teoria derivada do Direito Francês (*Perte D'une Chance*) que defende uma categoria de dano imaterial na qual são abarcadas as potenciais oportunidades de ganho que a vítima poderia ter tido se o evento danoso não tivesse ocorrido, não se confundindo com os lucros cessantes (materiais). Neste sentido: “A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal.” TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 510

como é próprio do direito punitivo. (MARTINS-COSTA et PARGLENDER, 2005, p. 23)

Dentre outras diferenças identificáveis entre as duas construções, tem-se que os danos ou indenizações punitivas nem ao menos existem no Direito Brasileiro como categoria autônoma de dano, como ocorre nos EUA. No ordenamento nacional, a dimensão punitiva da responsabilidade civil encontra-se submetida aos danos morais, configurando-se, quando de sua manifestação jurisprudencial, como uma mera majoração para além dos danos morais efetivamente sofridos. Assim, fala-se no termo “danos morais punitivos” ao invés de “danos punitivos” ou “indenização punitiva” simplesmente - tal classificação anômala é, em muito, decorrência direta da ausência de previsão do instituto no direito positivo brasileiro.

Outra marcante disparidade entre os sistemas é o fato de que, nos Estados Unidos da América, os *punitive damages* estão expressamente previstos na *Law of Torts* como *remedy* a ser aplicado na solução de hipóteses de *civil liability*, enquanto que no Brasil os danos morais *per se* se configuram como uma criação jurisprudencial e doutrinária, que encontra pouco ou mesmo nenhum subsídio no direito positivo, estando tão somente previstos na Constituição Federal de 1988. Ademais, neste quesito a Carta Magna apenas chancelou sua existência, mas em nada sinalizou a respeito de sua implementação ou quantificação para fins compensatórios.

Além disso, em questionamento não aprofundado neste trabalho, mas cuja abordagem se mostra interessante para fins didáticos, é notável a possibilidade da ingerência dos *punitive damages* na seara contratual, algo ainda impensável em larga escala no Brasil, mas que já é admitido nos EUA. Esta verificação serve para o fim de comprovar tamanha abrangência do instituto no Direito Norte-Americano, em comparação com a sua ainda relativamente tímida, e confusa, dimensão no Brasil.

Não obstante, traçadas as diferenças, é natural que se identifique também, tratando-se de institutos correlatos, semelhanças entre as contrapartes brasileira e norte-americana. No que tange ao presente estudo, duas relevantes semelhanças podem ser identificadas entre os dois sistemas. A primeira delas, cuja existência é pressuposto essencial para o desenvolvimento desta pesquisa, é o reconhecimento, em ambos sistemas, de uma dimensão, uma função punitiva da responsabilidade civil. Conforme já exaustivamente exposto até aqui, tal dimensão foi reconhecida, no Brasil, doutrinária e jurisprudencialmente, não encontrando grande eco na legislação, enquanto nos EUA sua aplicabilidade é comum, pacificamente aceita e expressamente prevista.

4 CONCLUSÃO

Conforme se depreende de todo o caminho percorrido até aqui, os *punitive damages* foram incorporados de forma tão dispare no ordenamento brasileiro que se torna até mesmo arriscado afirmar que a jurisdição pátria absorveu o instituto de fato. Acaba por denotar-se mais correto definir que, em verdade, não se teve uma importação *literal* dos *punitive damages* para o Brasil, mas o desenvolvimento de uma estrutura correspondente, com objetivos próximos, tomando por base o instituto oriundo do *common Law*.

É também curioso observar como, em ambos os sistemas, o papel principal na previsão e modulação do instituto é assumido pela jurisprudência. Trata-se de comportamento esperado e diz-se mesmo necessário quando se trata de um instituto com esta abrangência e incisividade. Fato é que os “danos punitivos” tramitam sobre uma linha tênue do direito, em que qualquer condenação pouco pensada poderia acabar, em um primeiro momento, por lesar princípios basilares, tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o que traduz a necessidade do desenvolvimento de critérios e hipóteses fortes e bem definidas para a sua aplicação – ponto em que nenhum dos sistemas estudados se omite.

Fato é que a indenização ou compensação punitiva, ainda que de certa forma “adaptada”, bem como a dimensão punitiva da responsabilidade civil, independente de todas as críticas que suportam, são uma realidade, estão presentes no dia-a-dia dos tribunais e não dão sinais de que serão abandonados tão cedo, a despeito de toda a polêmica que encerram.

Sua aplicação se justifica em razão de sua grande utilidade em termos práticos, em especial quando se leva em conta a grande quantidade de paradigmas suscitados no ramo da responsabilidade civil nas últimas décadas. Neste sentido, também é posto em evidência o contexto de “sociedade de risco” em que vivemos, onde novos danos e novas relações jurídicas surgem a todo tempo, trazendo consigo complexa problemática para a qual o Direito é forçado a encontrar soluções. Aproveitemos, pois, a oportunidade para retomar aqui os questionamentos pontuais apresentados no início desta obra.

Em relação ao argumento de que a função punitiva deve ser rechaçada por representar uma pena privada, promovendo uma confusão indevida entre o Direito Civil, privado, e o Direito Penal, público, ressalta-se que tal posição não merece prosperar. Neste ponto, devem ser levadas em conta duas questões: i) se a função punitiva é hoje adotada pela seara civil, isso significa que ali ela se fez necessária em razão da demanda social; e ii) a dicotomia entre estas duas esferas da ciência do Direito já não se mostra tão apurada para com

a lógica jurídica contemporânea, estando fadada ao descarte, de maneira que levantá-la como barreira intransponível denota-se como verdadeiro preciosismo dogmático desnecessário.

Nesta mesma esteira, apresenta Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os tomanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de se empreender sua reavaliação. (ANDRADE, 2006, p. 244 *apud* MORAES, 1993)

Passando agora ao imbróglio quanto à condenação ao pagamento de danos punitivos representar enriquecimento ilícito da vítima, lança-se mão de outra passagem da lição de Maria Celina Bodin de Moraes, nevrálgica neste sentido:

Ora, a sentença de um juiz, arbitrando dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido. (MORAES, 2003, p. 302)

Ademais, não bastando à derrubada deste argumento o encare de que, a partir do momento em que o enriquecimento não só é autorizado, mas instituído pelo próprio Judiciário, não cabe aventá-lo como ilícito, há de ser destacado que, se levado a “ferro e fogo”, o brocardo da proibição ao enriquecimento sem causa poderia mesmo inviabilizar a existência dos danos morais no ordenamento brasileiro.

Diz-se isto porque ainda hoje não há uniformidade nos critérios utilizados na quantificação dos danos morais pela jurisprudência. Assim, sendo impossível mensurar em termos monetários a lesão a bens imateriais, é igualmente impossível dimensionar, em razão da ausência de parâmetros, a razoabilidade do valor arbitrado a título de compensação – não havendo que se falar, portanto, em condenação fixada em valor “a maior” em relação ao dano que possa configurar enriquecimento sem causa.

Tal raciocínio também é aplicável em relação à derradeira crítica de que a função punitiva afronta o princípio do *restitutio in integrum*, previsto no art. 944 do Código Civil. Neste quesito, não obstante ser o *codex* privado posterior à Constituição de 1988, é

hialino perceber que o texto do artigo supracitado volta-se mais às indenizações patrimoniais do que às espécies imateriais, vide a grande dificuldade na fixação do valor destas últimas.

Portanto, o *restitutio in integrum* é princípio cuja obediência integral tão somente pode ser realizada na tutela de danos patrimoniais. Quanto aos danos morais/imateriais, se traduziria mais como um juízo de proporcionalidade e razoabilidade a ser adotado pelo julgador quando da determinação do *quantum debeatur*, mas certamente aplicado sem incisividade suficiente para tornar-se empecilho à vigência da função punitiva.

Diante deste contexto, e de tudo o mais apresentado até aqui, se chega à seguinte conclusão: a adoção dos *punitive damages* por ordenamentos de matriz romano-germânica é polêmica, e afronta princípios basilares de tal forma que, em primeira análise, talvez fosse mais lógica e defensável a inadmissão deste instituto no sistema brasileiro.

Entretanto, sua adoção é uma realidade, factível e que não apresenta sinais de desgaste ou desuso, o que não é, de maneira alguma, injustificado. Sua utilização surge como resposta à demanda real da sociedade, de forma a tutelar lides que não poderiam ser satisfeitas de outra forma. Afinal, caso não fosse possível imbuir a reparação civil de punitividade, se estaria deixando muitos lesantes e lesados à revelia do brocardo do *neminem laedere*, sem suficiente assertividade perante a conduta danosa de uns e compensação perante os danos absorvidos por outros. *Ex positis*, denota-se que não é só possível como necessário harmonizar-se a idéia trazida pelos *punitive damages* e o que eles representam na responsabilidade civil para com o sistema jurídico-legal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

ARAÚJO, Gustavo Maia de. A deficiência de fundamentação das decisões do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação da função punitiva nas ações de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Juiz de Fora: [s.n.], 2012

BORGES, Sofia Leite. Os punitive damages: as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Lisboa : [s.n.], 2000.

BRASIL. Código Civil de 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil, Vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

COURT OF APPEALS OF TEXAS. **Poole v. Missouri Pacific R. Co., 638 S.W.2d 10 (Tex. App. 1982)**. Disponível em <<https://www.courtlistener.com/opinion/2442810/poole-v-missouri-pacific-r-co/>>. Acesso em 16/07/2016

FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 4 ed. Melbourne: *Law Book Co. Ltd.*, 1971

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

LIMA, Bethania Cardoso. A função punitiva da reparação de danos morais. Juiz de Fora: [s.n.], 2007

LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. - vol. 43, nº 2 (2002), p. 1019-1112

MARTINS-COSTA, Judith *et* PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito Brasileiro. *Revista do CEJ*, n. 28, Brasília, 2005, p. 15-32

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

PUSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista DireitoGV*, , v. 3, n. 2, São Paulo, 2007, p. 017-036

PUSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único do Código Civil. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, São Paulo, p. 091-107, 2005

PUSCHEL, Flávia Portella.(Coord.) A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, nº 37. Ministério da Justiça: Brasília, 2011

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A cláusula geral de responsabilidade objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - da erosão de filtros de reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.** Disponível em: [HTTP://www.stj.jus.br/portal_stj?publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj?publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679). Acesso em: 10/07/2016

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2014

TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI: *Torts, part. I*. Boston: Kluwer Boston, 1983

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003

VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. Vol. 1. 1ªed. Coimbra: Almedina, 2014