

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL

Rodrigo Papaléo Fermann

RESTRIÇÕES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO
Princípio da Reparação Integral como norte para fixação da indenização

PORTO ALEGRE

2012

RODRIGO PAPALÉO FERMANN

RESTRIÇÕES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO
Princípio da Reparação Integral como norte para fixação da indenização

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof.. MS. Daniel Ustarroz

PORTO ALEGRE

2012

Uma coisa é citar versos, outra é crer neles.
(Machado de Assis)

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rodrigo Papaléo Fermann

RESTRIÇÕES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO Princípio da Reparação Integral como norte para fixação da indenização

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.. MS. Daniel Ustarroz
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente estudo ocupa-se com a questão da chamada função punitiva da indenização, que vem sendo invocada, por razões pragmáticas, por parte da doutrina e da jurisprudência. Tem como ponto de partida a análise histórica da responsabilidade civil, com o que pontua as funções do instituto trazidas pela legislação e pelo princípio da reparação integral.

Com uma breve análise de direito comparado, busca explicar de que modo são aplicados os *punitive damages* no âmbito do direito anglo-saxão, instituto no qual foi inspirada a função punitiva da indenização.

Considerando a realidade do direito brasileiro, apresenta alternativas à sua aplicação, de modo que sejam atendidas as finalidades perseguidas pela função punitiva da indenização, sem, com isto, violar o princípio da reparação integral.

Palavras-chave: responsabilidade civil, indenização, reparação integral, pena, função punitiva.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the so called “punitive function of the indenization” in civil cases, which has been evoked by part of the authors and in Case Law. The study starts with a historical perspective of civil liability, with which points the roles of the institute brought by Law and by the “utter repair principle”.

With a brief exam of comparative law, quests to show how are applied the *punitive damages* in Saxon Law, institute that inspired the “punitive function of the indenization”.

Considering Brazilian Law’s reality, indicates alternatives to the application of the *punitive damages*, in order to reach the goals pursued by the “punitive function of the indenization” without violating the “utter repair principle”.

Key-Words: civil liability, indenization, utter repair, penalty, punitive function.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.1	Breve notícia histórica do instituto no âmbito da <i>civil law</i>	11
2.1.1	<i>Distinção entre responsabilidade civil e penal</i>	11
2.1.2	<i>Introdução do dogma da culpa e as modernas codificações</i>	13
2.2	Evolução da legislação brasileira acerca da responsabilidade civil....	16
2.3	Conceito e conteúdo do princípio da reparação integral.....	19
2.4	Funções desempenhadas pelo princípio da reparação integral.....	25
2.4.1	<i>Função compensatória</i>	26
2.4.2	<i>Função indenitária</i>	29
2.4.3	<i>Função concretizadora</i>	31
2.5	Funções desenhadas por parte da doutrina e da jurisprudência.....	33
3	A TRADIÇÃO ANGLO-SAXÃ E OS <i>PUNITIVES DAMAGES</i>	37
3.1	Origem e desenvolvimento dos <i>punitives damages</i>	40
3.2	Valorização da punição: o direito norte-americano.....	44
3.3	Fixação de critérios e limitação da aplicabilidade do instituto.....	48
4	FUNÇÃO PUNITIVA E O DIRETO BRASILEIRO.....	50
4.1	Análise da função punitiva da indenização no Direito Brasileiro.....	50
4.2	Restrições à aplicação da função punitiva no Direito Brasileiro.....	53
4.2.1	<i>Ausência de previsão normativa que fundamente o caráter punitivo..</i>	53
4.2.2	<i>Limitação imposta pelo princípio da reparação integral</i>	55
4.2.3	<i>Pena e reparação. Finalidades e pressupostos diversos</i>	57
4.3	Alternativas à função punitiva.....	59
5	CONCLUSÕES.....	63
	REFERÊNCIAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil pode partir de diversas perspectivas. O prisma normativo (constitucional e infraconstitucional) é imprescindível, notadamente em países de tradição romano-germânica como o Brasil. Sem checar as normas positivadas no ordenamento jurídico, inviável analisar os limites impostos ao instituto e as escolhas sociais e filosóficas feitas pelo povo através do legislador¹.

A análise jurisprudencial, de igual maneira, também é bastante relevante, mesmo que nosso ordenamento não tenha adotado o modelo casuístico da *common law*. Através dela, é possível verificar os problemas vivenciados tanto no contexto remoto quanto no presente, bem como as soluções propostas em casos concretos.

Além dos mencionados prismas, parece adequado examinar o instituto a partir de suas origens históricas². Sem isto, não é possível delimitar suas raízes, as funções por ele já desempenhadas, quanto menos as adaptações feitas ao largo do tempo para atender as necessidades trazidas pela sociedade de modo geral. Ausente o exame histórico corre-se o risco de partir das adaptações que os juristas tentam fazer para dar respostas imediatas aos anseios sociais, ignorando-se as bases já consolidadas com o passar do tempo.

Ciente da necessidade de se analisar a responsabilidade civil, suas funções, seus objetivos e seus pressupostos a partir dessas três diretrizes, o presente estudo busca examinar a função punitiva da indenização, que vem sendo defendida por renomados juristas brasileiros³ e invocada por parcela relevante da jurisprudência⁴.

¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 55.

² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 528.

³ Dentre os favoráveis à função punitiva da indenização, pode-se citar Eugênio Facchini Neto, Silvio de Salvo Venosa, Sergio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Bittar.

⁴ Verifica-se a invocação da função punitiva da indenização, exemplificativamente, nas seguintes decisões: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 168945/SP, Terceira Turma do STJ, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, recurso julgado em 06/09/2001. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 03/12/2011; SÃO PAULO, Tribunal De Justiça. Apelação Cível nº 0003277-06.2007.8.26.0542, 6ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, recurso julgado em 01/12/2011. Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 03/12/2011; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70044314839, Nona Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, recurso julgado em 28/11/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 03/12/2011.

Procura analisar, em suma, se esta função é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com o próprio instituto da responsabilidade civil no contexto da *civil law*, buscando, ao final, apresentar possíveis alternativas à sua aplicação.

Por conveniência didática, o trabalho vai dividido em três partes.

A primeira delas tem por finalidade analisar a indenização no âmbito do direito brasileiro. Para uma melhor compreensão, a investigação começa com uma rápida análise histórica do instituto da responsabilidade civil na tradição romano-germânica, analisando, logo após, a evolução da legislação brasileira acerca da matéria.

Feitos esse breve apanhado, ainda na primeira parte é analisado o conceito, o conteúdo e as funções desempenhadas pelo princípio da reparação integral, que informa o artigo 944 do Código Civil Brasileiro. A partir de então, são indicadas as funções atribuídas por parte da doutrina e da jurisprudência à responsabilidade civil.

A segunda parte do estudo analisa os *punitive damages* no âmbito do direito anglo-saxão. Nesta etapa, são pontuadas as origens deste importante instituto, sua evolução histórica, a ampliação de sua utilização nos Estados Unidos da América, bem como as tendências atuais, dentre elas as restrições e limitações que estão sendo feitas à sua utilização.

Diferentemente do que ocorre na tradição romano-germânica, verifica-se na *common law* a ampliação da noção de penalidade ao longo da história, notadamente com o desenvolvimento dos *punitive damages*, cujas finalidades são parecidas com as que a função punitiva da indenização pretende alcançar. Sendo assim, o exame de direito comparado é valioso para o atingimento dos fins propostos neste trabalho.

A última parte é dedicada ao estudo da função punitiva da indenização no âmbito do direito brasileiro, procurando detalhar a forma como é invocada, suas diferenças em relação aos *punitive damages* e as restrições que são feitas pela parcela da doutrina que entende inviável sua aplicação no Brasil.

Depois de analisar se a aplicabilidade dessa nova função é obstada ou não em razão da ausência de previsão normativa, em razão do conteúdo do princípio da reparação integral e em razão das finalidades e pressupostos de aplicabilidade da punição e da imposição do dever de reparar, o trabalho é finalizado com a indicação de possíveis alternativas à função punitiva da indenização.

2. INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Breve notícia histórica do instituto no âmbito da *civil law*.

2.1.1 *Distinção entre responsabilidade civil e penal.*

O conceito, as funções e as características da responsabilidade civil brasileira vêm sendo traçados ao longo da história do instituto, cujas origens remontam à época anterior ao Direito Romano. Fazendo-se uma breve recensão histórica, percebe-se que os conceitos de pena e de responsabilidade, conceitos próximos nos primórdios da *civil law*, foram ganhando autonomia com a evolução do instituto⁵. Nos dias atuais, porém, vislumbra-se espécie de retorno da pena para o âmbito privado, o que à primeira vista decorre de motivos puramente pragmáticos.

Em matéria de resposta ao mal sofrido, a primeira grande regulação existente foi a Lei do Talião, sintetizada pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Com ela, foi introduzido o conceito de proporcionalidade entre ofensa e castigo, mesmo que aos olhos atuais a reação às lesões possa parecer chocante⁶. Até então, ainda não se falava em reparação ou em compensação, prevalecendo noções de punição do dano e de vingança⁷.

Ao analisar o tema, Caio Mário da Silva Pereira destaca que a Lei do Talião não chegou a criar algo parecido com o instituto da responsabilidade civil, mas que a partir dela pode-se perceber que já se pensava na resposta devida em razão de um dano sofrido. Desta feita, o jurista pontua que “vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a ideia de *punir o dano*, instituindo contra o causador um dano igual”, entendimento que não destoara do antigo direito hebreu⁸.

Tempos mais tarde, passou-se à fase das compensações privadas, em que era possível o lesado abdicar do direito da vingança (*vindicta*) mediante a concessão de algumas vantagens de ordem econômica (*poena*), através do tipo contratual

⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

⁶ NORONHA, loc. cit.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

denominado *pacto*⁹. Note-se que, mesmo a composição ficando a critério das partes, sem qualquer intervenção estatal, já nesta etapa começou a ser delineada a distinção entre reparação e punição¹⁰.

Nos primórdios do Direito Romano, sobreveio a noção de delito (*delicta*), que constituía o fator genérico da responsabilidade, com a caracterização de algumas figuras importantes ao direito civil, tais como o furto (*furtum*), dano e seus direitos correspondentes (*noxia et iuria*)¹¹. Todavia, também nesta fase ainda não se percebe grande intervenção estatal, permanecendo a noção predominante de vingança em razão de um mal causado, substituível pela composição amigável.

Num estágio mais avançado, quando já existente autoridade estatal, passou a ser vedada a realização de justiça pelas próprias mãos, tornando-se obrigatória a composição econômica entre ofensor e ofendido, sendo, em muitos casos, tarifada¹². Tal realidade já podia ser percebida no Código Ur-Nammu¹³ e no Código de Manu¹⁴.

Na sociedade ocidental, por outro lado, aponta-se a Lei das XII Tábuas como sendo o marco da transição entre a época de composição apenas voluntária para o tempo em que o Estado passou a obrigar o ofendido a deixar de lado a vingança privada, impondo-lhe a aceitação de benefício pecuniário em razão do dano sofrido¹⁵. Mesmo que em ainda fossem encontrados vestígios da vingança privada, em regra “a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia, a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou em outros bens”¹⁶.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

⁹ GRIVOT, Débora Cristina Holembach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Org.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 2.

¹² GONÇALVES, op. cit., p. 4.

¹³ Código surgido na Suméria por volta de 2040 a.C., prevê penas pecuniárias para delitos em substituição das pelas previstas na Lei do Talião.

¹⁴ Importante codificação da região da Assíria, da Judéia e da Grécia destinada à organização da sociedade.

¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 561.

¹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 02.

Como se percebe, entretanto, até então a responsabilidade civil permanecia fundida com a responsabilidade penal, quadro que começou a mudar quando a autoridade pública passou a assegurar punição ao culpado pelo mal ocasionado¹⁷. Para delitos públicos, conceituados como ofensas mais graves, era imposta pena econômica direcionada aos cofres públicos. Para os delitos privados, entendidos como os menos graves, a condenação era convertida em favor da vítima¹⁸.

Nessa linha evolutiva, a ascensão classe burguesa, foi determinante para a contraposição das esferas pública e privada e, conseqüentemente, para a separação dos caracteres penal e ressarcitório da incipiente responsabilidade civil. Sob a influência do pensamento liberal preponderante naquela época, era “imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva”¹⁹.

De todo modo, a total distinção entre as responsabilidades penal e civil somente foi alcançada em meados do século XVIII, época em que se assistiu à afirmação do Estado Moderno. A partir de então, firmaram-se os conceitos que começaram a ser delineados ainda no período romano, que conhecemos até os dias de hoje: “uma [responsabilidade penal] é a responsabilidade individual perante o Estado, sancionando, através da imposição de penas, aquelas infrações tidas como particularmente graves, que ela tem por finalidade reprimir; a outra [responsabilidade civil] em princípio deve ficar circunscrita à sua função essencial, que é reparação dos danos causados”²⁰.

2.1.2 Introdução do dogma da culpa e as modernas codificações.

Em paralelo à distinção entre responsabilidade penal e civil, desenvolveu-se o conceito de culpa, o qual veio a se tornar requisito necessário ao surgimento do dever de indenizar. Paulatinamente, desde o Direito Romano, a regra de que todo e qualquer dano causado deveria ser reparado veio a ser substituída pela noção de

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

¹⁹ GRIVOT, Débora Cristina Holembach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Org.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 618.

²⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

que as pessoas somente seriam obrigadas a indenizar os danos causados caso tivessem agido culposamente²¹.

A introdução desse requisito deveu-se bastante às disposições contidas na Lei Aquiliana (*Lex Aquilia*), um plebiscito proposto pelo Tribuno Aquilio de data incerta, mas que se prende à época da República Romana, ocorrido provavelmente no século V de Roma (III a.C.)^{22 23}. Ainda que de abrangência não muito larga²⁴, possui valor acentuado por ter aberto “espaço para a elaboração gradual de um princípio geral (*culpa est punienda*) para regular novas situações não tipificadas na legislação, mas causadoras de dano”²⁵.

Foi durante a Idade Média que começaram a ser desenvolvidos os princípios da responsabilidade civil moderna. Em tempos marcados pela moral cristã, foi desenhada a noção de que “cada um deve responder pelos atos *culposos* que praticar e que produzam um dano injusto a outrem”²⁶.

Nesta linha evolutiva, após o Renascimento houve nítida diferenciação entre delitos civis e delitos penais, o que se deu por influência das correntes ideológicas que desembocaram na Revolução Francesa (1789)²⁷. Apoiado no pensamento iluminista, “o direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral de responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória”²⁸.

Em 1804, com a entrada em vigor do Código Napoleônico, originalmente chamado de *Code Civil des Français*, restou positivada norma geral de fixação de

²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 530.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

²³ A Lei Aquiliana regulou basicamente três hipóteses de danos: a morte de escravo ou animal alheio de rebanho, o pagamento em fraude contra o credor e demais danos à coisa alheia, fosse ela animada ou inanimada. Todavia, notadamente introduziu alguns aspectos antes não vistos, importando destacar a indicação não apenas dos resultados gerados, mas a referência às condutas praticadas, e a indicação da expressão “coisa alheia”, que demonstra a existência de lesão a um direito preexistente. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21)

²⁴ NORONHA, op. cit., p. 530.

²⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 22.

²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 561.

²⁷ SANSEVERINO, op. cit., p. 23.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

responsabilidade subjetiva baseada na culpa, que influenciou sobremaneira a teoria da responsabilidade civil desenvolvida nos países ocidentais²⁹. Segundo seu artigo 1382, qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta (*la faute*) cometida a repará-lo³⁰.

Ao analisar a regulação da reparação civil no direito francês, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino destaca a generalização da noção de delito civil, a clareza a responsabilidade subjetiva do indivíduo e a exclusão da noção de pena do âmbito da responsabilidade civil:

Três termos são fundamentais nesse enunciado normativo, destacando-se em primeiro lugar a expressão pleonástica *tout fait quelconque*, que determinou a generalização da responsabilidade civil. Em segundo lugar, a palavra *faute*, que deixa clara a natureza subjetiva da responsabilidade civil, centrada no princípio da culpa, mas sem precisar seu conteúdo. Em terceiro lugar, a palavra *réparer*, que caracteriza a opção do legislador francês pela separação das obrigações delituais civis da responsabilidade penal, com a exclusão das penas³¹.

A sistematização da responsabilidade civil feita pelos franceses alcançou outros ordenamentos modernos, em especial aqueles de tradição continental, como verificado, por exemplo, no Direito Alemão. Analisando-se o BGB (Código Civil Alemão), datado de 1896, percebe-se que, mesmo mantendo o método tradicional de tipificação dos ilícitos e de danos, como verificado no seu § 844³², houve a inserção de uma regra geral de responsabilidade, redigida de modo aberto (§ 823³³).

Mais recentemente, na mesma linha, o Código Civil Português previu a responsabilidade subjetiva como regra geral, podendo ser dispensada a culpa

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 5.

³⁰ No original: “*tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel is est arrivé, à le réparer*”.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

³² “Em caso de morte, tem o obrigado à indenização de satisfazer os gastos do enterro àquele a quem cabe a obrigação de suportar esses gastos. Se o morto, ao tempo da transgressão mantiver com um terceiro, em virtude da qual ele, ante esse, por força de lei, esteja obrigado a alimentos, ou possa tornar-se obrigado a alimentos, terá o obrigado à indenização, de prestar ao terceiro indenização do dano pelo pagamento de uma renda em dinheiro sempre que o morto houvesse de ficar obrigado, durante o tempo provável de sua vida, à prestação dos alimentos”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 25)

³³ “Quem, por dolo ou negligência lesar, antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de uma pessoa, estará obrigado, para com essa pessoa, à

apenas nas hipóteses legais. Conforme seu artigo 483º, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação”³⁴.

Como será mencionado a seguir, o Direito Brasileiro também adotou a regra da responsabilização subjetiva de modo geral, excetuando-se os casos de dano em função do risco da atividade ou nos casos regulados por legislação especial.

2.2 Evolução da legislação brasileira acerca da responsabilidade civil.

Em matéria de responsabilidade civil, pode-se dizer que o legislador brasileiro seguiu a linha evolutiva do instituto verificada nos países que adotaram a *civil law*, em especial as diretrizes postas pelo direito francês. No que tange aos critérios para a responsabilização e à quantificação da indenização, em regra o regramento atual prevê dever de indenizar para os atos praticados culposamente³⁵, devendo servir a indenização para reconduzir o lesado à situação anterior ao que se encontrava antes do dano³⁶.

O instituto, em razão da própria história do país, sofreu grande influência do Direito Português e, por consequência, do Direito Romano. Tal circunstância fica evidenciada na fase do direito precodificado, que tinha como maior regulamento as Ordenações do Reino. Neste período, grande destaque teve a *Lei da Boa Razão* (Lei de 18 de Agosto de 1769), cujo artigo 2º previa “que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão”³⁷.

Como em um primeiro momento não havia regulamentação específica sobre responsabilidade civil, era invocado o legado do direito romano para a solução de

indenização do dano aí resultante”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25)

³⁴ Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>. Acesso em 28/01/2012.

³⁵ Combinação dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

³⁶ O artigo 944 do Código Civil Brasileiro sintetiza o princípio da reparação integral ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

casos ocorridos no Brasil. Assim, pode-se dizer que até o surgimento das primeiras regulamentações nacionais da matéria, as responsabilidades civil e penal seguiam fundidas.

O quadro foi alterado com a promulgação do Código Criminal de 1830, o qual no instituto da “satisfação” a ideia de ressarcimento da vítima de um ilícito criminal³⁸. Por aplicação do instituto da satisfação, deveria o delinquente satisfazer o dano causado com o delito de modo mais completo possível, ficando a reparação adstrita aos casos de dano tipificado (artigos 21 e 22)³⁹.

Vale destacar, no entanto, que o instituto da satisfação não restou inserido no ordenamento como uma cláusula geral de responsabilização, na medida em que previa reparação apenas nos casos resultantes de delito tipificado. Dito de outro modo, mostrava-se necessária condenação ofensor no âmbito criminal, por sentença passada em julgado⁴⁰, sendo a regra ser quebrada em hipóteses excepcionais, previstas no artigo 31 daquela codificação⁴¹.

A inserção de uma cláusula geral de responsabilidade civil no ordenamento pátrio ocorreu com a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916, lei que condensou a evolução milenar da responsabilidade civil⁴² e consagrou o dogma da culpa nos moldes do código francês⁴³. É o que se percebe analisando seu artigo 159: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violasse direito ou causasse prejuízo a outrem, ficaria obrigado a reparar o dano.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

³⁸ PEREIRA, loc. cit.

³⁹ Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto. Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 27/12/2011).

⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 530.

⁴¹ Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 27/12/2011).

⁴² NORONHA, op. cit., p. 536.

Importante mencionar que, além da hipótese geral de responsabilidade por culpa do ofensor, o Código de 1916 previa alguns casos excepcionais em que o agente era responsabilizado sem apuração de culpa⁴⁴. Todavia, como bem apontado por Fernando Noronha, tais hipóteses, na realidade, baseavam-se na presunção do agir culposo, “como quando se responsabilizara o dono do edifício pelos danos resultantes de sua ruína, ou quando se declarava que o dono do animal ressarciria o dano por este causado”⁴⁵.

O Código Civil de 1916 deu as respostas que a sociedade dele esperava até o período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, quando houve rápida aceleração da urbanização e da industrialização, com o que as atividades praticadas tornaram-se cada vez mais complexas. Neste contexto de crescimento econômico, verificou-se o agravamento dos riscos, pondo-se em xeque a concepção moderna de responsabilidade subjetiva⁴⁶.

Com o agravamento dos riscos, as pessoas ficaram sujeitas a danos antes impensáveis, circunstância que acarretou o crescimento de ações indenizatórias. Não por outra razão, o direito precisou deixar de olhar única e exclusivamente para o ofensor e passar a enxergar o lesado, sob pena de inúmeras lesões permanecerem não ressarcidas em razão da dificuldade de demonstração da culpa do agente⁴⁷. Não por outra razão, em poucas décadas, as previsões contidas no Código Civil de 1916 deixaram de atender aos anseios sociais⁴⁸.

Nessa nova realidade, modernas teorias foram criadas para adaptar o instituto da responsabilidade civil às demandas sociais. Com o advento do Código Civil de 2002, foi inserida no ordenamento brasileiro responsabilidade objetiva para os casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (artigo 927, § único). Como fundamento

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

⁴⁴ PEREIRA, loc. cit.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 535.

⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Op. cit., p. 561.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 538.

⁴⁸ NORONHA, op. cit., p. 536.

axiológico, vislumbra-se na atual regulamentação incidência direta do princípio da equidade e da justiça distributiva⁴⁹.

No que tange à quantificação da reparação, estabeleceu o Código Civil de 2002, em seu artigo 944, que deve medir-se de acordo com a extensão do dano, consagrando o princípio da reparação integral⁵⁰. Como exceção, permitiu a redução da reparação quando for necessária para preservar a subsistência do incapaz e de sua família (artigo 928, parágrafo único, do Código Civil), ou quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil)⁵¹.

2.3 Conceito e conteúdo do princípio da reparação integral

Segundo os termos do artigo 944 do Código Civil⁵², a medida da indenização deve pautar-se pela extensão do dano sofrido, não fazendo a legislação positiva, em regra, distinção entre os tipos de danos sofridos ou o grau de culpa do agente⁵³. Desse modo, percebe-se claramente que o legislador nacional optou pelo princípio da reparação integral como norte para a fixação de indenizações.

Como fundamento axiológico, o princípio encontra foco no conceito de justiça (*dikaioσύne*), delineado por Aristóteles como disposição de caráter que “torna as

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

⁵¹ Em sentido contrário, cabe registrar as disposições contidas no artigo 53, II, da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), segundo o qual, para o arbitramento da indenização por dano moral, o juiz levará em conta, entre outros critérios, “a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

⁵² Baseado na vedação ao enriquecimento sem causa e no conceito de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles, surgiram limitações ao dever de indenizar ao mero ressarcimento do prejuízo efetivamente sofrido, noção acolhida pelo artigo 944 do Código Civil. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** – Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 18. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>. Acesso em 03/12/2011.)

⁵³ A única exceção ao princípio da reparação integral positivada no ordenamento jurídico brasileiro é a prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

peças propensas a fazer o que é justo”⁵⁴. Tal virtude é dividida em geral, relativa às Leis, e em particular, relacionadas às relações privadas⁵⁵.

De acordo com o conceito de justiça geral, considera-se justo o ato que for praticado de acordo com a Lei, pois esta “estabelece os deveres de cada um em relação à comunidade, ou seja, as ações necessárias para o alcance do bem comum”⁵⁶.

Já para a justiça particular, dividida em justiça distributiva e justiça corretiva, por sua vez, importa a noção de igualdade. Enquanto a *justiça distributiva* está relacionada às relações do cidadão com o Estado (*polis*), a *justiça corretiva* tem por finalidade corrigir as relações interpessoais, sejam elas voluntárias ou involuntárias.

Desse modo, a realização da justiça distributiva se dá “conforme os méritos de cada um de acordo com uma proporção geométrica”, de modo que o justo está é visto como o proporcional⁵⁷. Como se percebe, esta noção regula-se pelo critério de proporcionalidade, sendo direcionada para relações mantidas entre o Estado e os cidadãos.

A *justiça corretiva*, por outro lado, verificada nas relações voluntárias e involuntárias mantidas por todas as pessoas. De acordo com Aristóteles, “a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça uma espécie de desigualdade”, sendo que sua consecução se dá através de uma relação aritmética, que objetiva reconduzir as partes às condições que detinham antes do relacionamento entre elas (voluntário ou não)⁵⁸.

Sob esse ponto de vista, como é fácil perceber, para o reestabelecimento de uma igualdade quebrada, é irrelevante analisar a índole das pessoas envolvidas,

⁵⁴ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 103.

⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

⁵⁶ SANSEVERINO, loc. cit.

⁵⁷ SANSEVERINO, loc. cit.

⁵⁸ ARISTÓTELES, op. cit., p. 110.

bastando que se análise as situações anterior e posterior ao evento que causou a desigualdade. Sobre o assunto, esclarecedores são os dizeres de Aristóteles:

Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem com ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete a outra sobre injustiça, se uma é autora e a outra é a vítima do delito. Sendo, então, esta de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta reestabelecer a igualdade⁵⁹.

No conceito de Aristóteles, portanto, se a igualdade foi quebrada por uma transação voluntária ou involuntária, necessária a recomposição do *status quo*, o que independe de qualquer juízo de valor quanto à conduta que daquele que causou a desigualdade⁶⁰.

Nesse contexto, não se olvidando do contexto histórico em que o conceito foi delineado, quando ainda não havia distinção clara entre as responsabilidades penal e civil⁶¹, resta claro que o princípio da reparação integral, informador do artigo 944 do Código Civil, é fundamentado pela noção de justiça traçada por Aristóteles, mais especificamente a noção de *justiça corretiva*, lastreada pela noção de igualdade.

Dessa maneira, a indenização no Direito Brasileiro tem por objetivo buscar a equivalência entre os prejuízos e a indenização, com vistas a “colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso”⁶². Quando impossível a recomposição exata, busca-se a maior aproximação possível para que, deste modo, evite que o lesado não tenha seu patrimônio jurídico reduzido ou ampliado, recebendo ao menos uma reparação pelo dano sofrido⁶³.

Ao tratar de como se mede a indenização, Pontes de Miranda defendeu tese bastante semelhante ao princípio da reparação integral do dano, dividindo-o, no

⁵⁹ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 110.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

⁶² *Ibidem*, p. 48.

⁶³ GHERSI, Carlos Alberto. **Valor de la vida humana**. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 23.

entanto, em “princípio da indenizabilidade de todo o dano” e “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”:

O que se há de indenizar é *todo* o dano. Por “todo o dano”, se não de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo o que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor. Não se distinguem, na determinação dos danos, graus de culpa, nem qualidades das causas que concorreram. Em todo caso, sistemas jurídicos conhecem indicações de máximo que atendem, no tocante à indenização do dano não patrimonial, à maior culpa dentre os ofensores.

Ao princípio da *indenizabilidade de todo o dano*, junta-se o *princípio da limitação da reparação ao dano sofrido*. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais.

Ainda uma vez frisemos que não só o dano patrimonial é ressarcível. Não só se sofre com as ofensas ao patrimônio. Por outro lado, elementos patrimoniais podem ser tomados como simples meios de se obter aproximativa reparação dos danos inflingidos à pessoa, na ordem intelectual ou na ordem moral, ou em sua integridade física ou psíquica, ou em qualquer dimensão da personalidade humana⁶⁴.

De acordo com a lição de Pontes de Miranda, portanto, deve ser garantido ao lesado indenização não inferior nem superior ao dano sofrido, a fim de confiar-lhe a reparação integral de sua esfera jurídica. Desta feita, preenchidos os requisitos necessários ao surgimento do dever de indenizar, não há que se analisar o grau de culpa do ofensor nem as qualidades das causas que concorreram para a ocorrência do dano, pena de a indenização não ser equivalente ao abalo sofrido.

Importante ressaltar a menção feita ao “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”, que a seguir será abordada sob a denominação da função indenitária do princípio da reparação integral⁶⁵. Estando limitada a indenização à reparação do abalo, veda-se qualquer forma de enriquecimento ao lesado em função do dano sofrido, servindo a indenização apenas para colocá-lo na situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso.

Necessário esclarecer, ainda, que a reparação do dano pode ser feita através da reparação natural (*in natura*) ou da reparação pecuniária, sendo possível cumular

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 43

⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

os dois meios⁶⁶. Enquanto a reparação natural pode ser feita através da reposição bem extraviado, do conserto de um equipamento avariado ou até mesmo da retratação pública⁶⁷; a reparação pecuniária dá-se pela outorga pelo ofensor de certa quantia em dinheiro ao ofendido, a fim de torná-lo indene (danos patrimoniais) ou compensar-lhe o mal causado (danos extrapatrimoniais).

Ainda que exista controvérsia sobre a prevalência de um meio sobre o outro, parece claro que a reparação pecuniária apresenta maior utilidade prática⁶⁸, seja pela impossibilidade, em certos casos, de reparação natural⁶⁹, seja porque em certos casos a reparação natural pode não mais satisfazer os interesses do lesado⁷⁰.

⁶⁶ AMBIENTAL. REPARAÇÃO EM NATURA E INDENIZAÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Não se conhece de agravo retido não reiterado, expressamente, na resposta da apelação (CPC, art. 523, § 1º). Agravo retido não conhecido. 2. É possível cumular a condenação a reparar em natura e a indenizar os danos ambientais permanentes, uma vez provados os fatos constitutivos de ambos os pedidos, à luz do art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/91. 3. Apelação Desprovida. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário Nº 70010991073, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 24/08/2005. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/03/2012); APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS - PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - ART. 3º DA LEI 7.347/85 - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DEMAIS NORMAS VIGENTES SOBRE A MATÉRIA - POSSIBILIDADE. - De uma análise sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre a defesa do meio ambiente, conclui-se ser admissível, na ação civil pública visando a reparação de danos ambientais, a cumulação de pedido cominatório (obrigações de reparar o dano) com pedido indenizatório, este visando o ressarcimento pelos danos ambientais causados, quando impossível tal reparação. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0702.07.346576-8/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Elias Camilo, Oitava Câmara Cível do TJ/MG Julgado em 20/08/2009. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 07/03/2012); APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - REGENERAÇÃO NATURAL DA ÁREA - SUBSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - ART. 14, § 1º DA LEI 6.938/81.- Constatado o desmatamento ilegal de área de preservação permanente, mesmo que a área se encontre em processo de regeneração natural, subsiste a obrigação de indenizar os danos causados. Tal indenização tem como parâmetros o dano provocado e a condição financeira do agente. Todas as medidas para possibilitar a ampla recuperação da área degradada devem ser tomadas pelo agente poluidor. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0400.04.012172-7/001, Relator: Wander Marotta, Sétima Câmara Cível do TJ/MG, Julgado em 19/04/2011. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 03/07/2012).

⁶⁷ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRÍTICAS E OFENSAS PROFERIDAS POR TREINADOR CONTRA ÁRBITRO DE FUTEBOL LOGO APÓS O ENCERRAMENTO DA PARTIDA. LANCE CONTROVERTIDO. ANÁLISE DO CONTEXTO EM QUE OCORREU A MANIFESTAÇÃO. RETRATAÇÃO PÚBLICA DO RÉU ACEITA PELO AUTOR. PRETENSÃO IMPROCEDENTE. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70039041421, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 30/03/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/03/2012).

⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

⁶⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SITUAÇÃO EM QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AJUIZOU AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONTRA O REQUERENTE, TENDO SIDO CONCEDIDA LIMINAR PARA QUE O VEÍCULO FOSSE APREENDIDO. AUTOR AJUIZOU AÇÃO REVISIONAL CONTRA O BANCO, A QUAL FOI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE,

De todo modo, a questão da reparação integral ganha maior relevo quando o dano analisado é de natureza extrapatrimonial, não estimável economicamente de plano. Também para estes casos, ante a ausência de norma especifique os critérios a serem adotados para a fixação do dano imaterial, incide no direito brasileiro a regra do artigo 944 do Código Civil, que impõe sua reparação integral.

Ocorre que, como adverte Silvio de Salvo Venosa, do ponto de vista estrito, o dano material é “insusceptível de avaliação pecuniária porque é incomensurável”⁷¹. Por esta razão, não se apresentando possível ou suficiente a reparação natural (juízo de retratação), pode o lesado pleitear uma indenização pecuniária, sem que isso represente o pedido de fixação de um preço para sua dor, “mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro”⁷².

Assim, sendo cabível a fixação de indenização com vistas a aliviar o prejuízo sofrido, perfeitamente aplicável o critério da reparação integral também para os casos de danos extrapatrimoniais. Trata-se, ao fim e ao cabo, de concessão de indenização pecuniária em caso de impossibilidade de reparação *in natura*, devendo o dano ser mensurado através de ponderações axiológicas, a fim de traduzi-lo para valores monetários, em montante que atenua o mal suportado^{73 74}.

ENQUANTO A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO FOI JULGADA IMPROCEDENTE. FOI DETERMINADO QUE O RÉU RESTITUISSSE O BEM APREENDIDO, O QUE NÃO FOI CUMPRIDO SOB ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO DO VEÍCULO. PRETENSÃO DO AUTOR DE RECEBIMENTO DE REPARAÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO *IN NATURA* DA OBRIGAÇÃO. CONDUTA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONSONÂNCIA COM O DECRETO-LEI 911/69. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO, NEXO CAUSAL E DANO, O QUE AFASTA A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70038836219, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/10/2010. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/03/2012).

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 56.

⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, volume 4, p. 37.

⁷² SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 382.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva – Punitive Damages e o Direito Brasileiro**. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 22.

⁷⁴ Em que pese a vedação à reapreciação fática feita pela Súmula 7 do STJ, esta Corte Superior tem reiteradamente analisado a fixação de indenizações para casos de dano extrapatrimonial em virtude dos excessos cometidos pelos Tribunais Inferiores. Ao tratar do assunto, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino esclarece: “a atuação do STJ no controle das indenizações por dano extrapatrimonial tem como instrumento o postulado normativo da razoabilidade como equidade e como equivalência. Faz uso do postulado normativo da razoabilidade como equidade quando enfatiza quando enfatiza a

Em outros termos, mesmo que seja complexo o arbitramento da indenização do prejuízo extrapatrimonial, este deve seguir os princípios insculpidos no artigo 944 do Código Civil, bem como seus fundamentos e limitações.

2.4 Funções desempenhadas pelo princípio da reparação integral.

Partindo da premissa de que a indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo, enxerga-se no princípio da reparação integral o piso e o teto da verba indenizatória. Tal entendimento amolda-se ao artigo 944 do Código Civil, e que evidencia a primazia do ressarcimento da vítima sobre o grau de culpa do ofensor, distanciando a responsabilidade civil da responsabilidade penal⁷⁵.

Nesse passo, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino aponta a existência de três funções inerentes ao princípio da reparação integral, que devem balizar a atividade jurisdicional:

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real)⁷⁶.

Note-se que as funções compensatória, indenitória e concretizadora do prejuízo real, delineadas pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, estão em consonância com as premissas traçadas por Pontes de Miranda para fins de estabelecer como se mede a indenização: o “princípio da indenizabilidade de todo o

necessidade de que a indenização por dano extrapatrimonial seja adequada às peculiaridades do caso individual, ou seja, quando enfatiza que seu arbitramento deve ser equitativo. Utiliza-se do postulado normativo da razoabilidade como equivalência, quando exige uma adequada proporção (proporcionalidade em sentido estrito) entre a medida adotada (indenização arbitrada) e os critérios utilizados (circunstâncias de fato), buscando fundamentar os valores arbitrados nas circunstâncias fáticas de cada caso”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral – Indenização** no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p 311).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 58.

dano” e “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”⁷⁷. Para ambos os juristas, portanto, o princípio informador do artigo 944 do Código Civil traça todos os limites a serem observados pelo julgador quando da outorga de indenizações.

2.4.1 Função compensatória.

Sobre a função compensatória do princípio da reparação integral não pairam controvérsias: deve a indenização ser suficiente para completar o mal suportado em toda a sua extensão, ainda que de forma aproximativa, nos casos em que a exata restituição do *status quo* não seja viável⁷⁸. Dito de outro modo, por incidência da função compensatória, resta traçado o piso mínimo da reparação, que, no estágio atual da responsabilidade civil, equivale a todos os danos certos, atuais e subsistentes suportados pela vítima⁷⁹.

Trata-se, pois, do que Pontes de Miranda convencionou chamar de “princípio da indenizabilidade de todo o dano”, segundo o qual deve a reparação abarcar a totalidade dos prejuízos ocasionados à esfera jurídica do lesado, e que podem ser ligados ao ofensor em razão das normas postas no ordenamento jurídico⁸⁰.

A função compensatória é tratada por Fernando Noronha sob a denominação de “função reparatória”⁸¹, sendo vista como fundamental à responsabilidade civil. Para o jurista, a finalidade precípua do instituto é reparar integralmente um dano, seja ele de qual natureza for⁸².

Também na *common law*, a função compensatória (*compensatory rule*) é tida como a maior referência na quantificação do dano. Trata-se do norte que baliza a

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 43

⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, volume V, tomo II, p. 195.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 43.

⁸¹ Para o autor, mesmo as palavras “reparatória” e “compensatória” sendo praticamente sinônimas na língua portuguesa, aquela apresenta significado mais amplo que esta, razão pela qual melhor adequar-se-ia ao instituto da responsabilidade civil (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 438).

⁸² NORONHA, loc. cit.

outorga de indenizações, podendo deixar de ser adotado somente quando aplicáveis os *punitive damages*, desenvolvidos naquela tradição jurídica⁸³.

No Brasil, o reconhecimento legal da função compensatória vem expresso no *caput* do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual, em regra, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Como já mencionado, aludido dispositivo adotou o princípio da reparação integral como regra geral em nosso ordenamento, admitindo exceções: quando for necessária a redução para preservar a subsistência do incapaz e de sua família (artigo 928, parágrafo único, do Código Civil) ou quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano ocasionado (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil)⁸⁴.

A primeira hipótese – necessidade da redução para preservar a subsistência do incapaz ou de sua família – fundamenta-se não apenas no princípio da equidade, mas, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Com base na ponderação destes dois princípios, a aplicação da regra reclama a concorrência de três fatores específicos, quais sejam, a inimputabilidade do agente causador do dano por ser incapaz, a prática por este de um ato ilícito e a impossibilidade seu representante legal arcar com a obrigação por não ter meios suficientes ou por não estar legalmente obrigado a fazê-lo.

A exceção feita em razão desproporção em a culpa e o resultado do ato danoso foi redigida na forma de cláusula geral, de modo que sua incidência não abrange número taxativo de casos⁸⁵. Inspirada no direito comparado⁸⁶, tem como

⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

⁸⁴ O artigo 443 do Código Civil prevê outra exceção para os casos de vícios redibitórios: caso o alienante não conhecesse o vício antes da alienação, não poderá o comprador reclamar perdas e danos.

⁸⁵ Segundo Fábio Ulhoa Coelho, as cláusulas gerais “são normas jurídicas vazadas em um ou mais conceitos, destinados a deixar em aberto a questão dos exatos contornos de seu âmbito de incidência” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44). Para Judith Martins-Costa, “constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, de máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento positivo” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274).

⁸⁶ Encontram-se normas semelhantes ao artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, no Código Federal Suíço das Obrigações (artigo 64, alínea 2), no Código Civil Português de 1966 (artigo 494),

fundamento princípio da equidade, um critério que visa à adequação da norma ao caso concreto, corrigindo-a quando excessivamente rigorosa⁸⁷. Tal mecanismo não anula nem diminui a importância do princípio da reparação integral no ordenamento jurídico brasileiro, tendo grande valia para a perseguição da justiça no caso concreto, já que a lei leva em consideração as hipóteses mais frequentes, embora não ignore outras situações⁸⁸.

Ao tratar da exceção legal feita em forma de cláusula geral, Arnaldo Rizzardo destaca ser oportuna a previsão, na medida em que viabiliza a distribuição de justiça em consonância com a gravidade da falta. Completa o jurista afirmando que nem sempre os efeitos dos atos devem direcionar o montante da condenação, sob pena de ser imposta pesada obrigação à parte causadora do dano por uma falta mínima⁸⁹.

De todo modo, parece evidente que o disposto no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, somente pode ser invocado em situações excepcionais, na medida em que a atual concepção da responsabilidade civil aponta para uma maior proteção da vítima em relação ao ofensor⁹⁰. Talvez por esta razão, a exceção feita à regra não tem sido muito invocada em nossos tribunais, tendo preponderado a função compensatória do princípio da reparação integral⁹¹.

no Código Civil Argentino (artigo 1.069) e no Código Civil Holandês de 1992 (artigo 6:109). (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82).

⁸⁷ SANSEVERINO, loc. cit.

⁸⁸ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 125.

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

⁹⁰ Sobre esse ponto, vale destacar a tese de Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual a disciplina da responsabilidade civil deve-se a muitas escolhas político-filosóficas, sendo certo que na atualidade tem-se preferido privilegiar a vítima em relação ao ofensor (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 21).

⁹¹ Em pesquisa feita junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi encontrado apenas um acórdão que aplicou o disposto no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. Apelo do autor. Valores da indenização. O montante de R\$ 20.000,00 para os danos morais e de R\$ 10.000,00 para os danos estéticos foram arbitrados com prudência e moderação, e devem ser mantidos, especialmente em face da gravidade dos danos e da pouca gravidade da culpa da demandada. Pensionamento mensal que deve obedecer ao comando do artigo 950, caput, do Código Civil. Aplicável, no entanto, o disposto no artigo 944, par. único, do mesmo diploma legal, com a redução equitativa dos valores em face da desproporção entre a pouca gravidade da culpa e a intensidade dos danos, o que justifica a fixação do valor de dois salários mínimos de pensão mensal em favor do demandante. Afastada, por ora, a compensação dos valores do DPVAT, visto que não comprovado o seu recebimento pelo autor. Como as despesas médicas e outras deverão ser comprovadas em liquidação de sentença, até aquele momento poderá ser compensado o valor do seguro obrigatório,

2.4.2 Função indenitória.

Se maiores controvérsias não giram em torno da função compensatória, o mesmo não se pode dizer a respeito da função indenitória. Seu reconhecimento implica a não aceitação das novas funções traçadas por parte da doutrina e da jurisprudência para a responsabilidade civil: a punição e a educação do ofensor, com vistas a dissuadir a repetição dos atos lesantes⁹².

Trata-se do “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido” idealizado por Pontes de Miranda, que visa a impedir majoração no patrimônio do ofendido em razão dos prejuízos que sofrera⁹³. Em outros termos, a função indenitória faz com que a indenização esteja limitada à extensão do dano sofrido, não sendo permitido ultrapassar tal liame.

Ao tratar do tema, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino menciona ter a função indenitória “grande importância não apenas teórica, mas também prática, pois estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização”. Desta maneira, defende o autor, embora o sistema do Código Civil Brasileiro permita a redução da indenização em certos casos, “não autoriza que seu montante ultrapasse a extensão dos prejuízos, para evitar o seu enriquecimento sem causa”⁹⁴, senão quando por disposição de vontade das partes através de cláusula penal⁹⁵.

desde que exista, então, prova efetiva de seu recebimento pelo demandante. Quanto aos danos estéticos no âmbito da lide regressiva não tem o autor interesse jurídico, já que a denunciada não foi condenada solidariamente com a ré ante o autor, senão o foi somente a ressarcir de forma regressiva o que a demandada foi condenada a indenizar. Assim sendo, e não tendo o autor relação com o contrato de seguro estabelecido entre as partes na lide acessória, falece-lhe interesse jurídico em impugnar o que ali ficou decidido. Apelo da seguradora. Não estando os danos estéticos, ao contrário dos danos morais, expressamente excluídos da apólice, integram eles a rubrica "danos corporais. Tendo resistido a denunciada à pretensão regressiva, correta está sua condenação nas verbas de sucumbência da lide secundária. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE ÂMBITO, PROVIDO EM PARTE. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA SEGURADORA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70031672793, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 03/09/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 08/03/2012).

⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

⁹³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 43.

⁹⁴ SANSEVERINO, op. cit., p. 59.

Na realidade, pondera o jurista mais detidamente, a função indenitória permite somente uma aproximação entre o princípio da reparação integral, insculpido no artigo 944 do Código Civil, e a vedação ao enriquecimento sem causa, abordada no artigo 884 do mesmo diploma legal⁹⁶. Em outros termos, não se confundiria o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil, mas apenas atuaria sobre ele como “cláusula geral intrassistêmica”⁹⁷.

De todo modo, a alusão ao enriquecimento sem causa parece equivocada, na medida em que se a concessão de indenização superior ao valor do dano (ou à tradução monetária do dano imaterial feita por ponderações axiológicas) não preenche os requisitos exigidos pelo instituto positivado nos artigos 884 e seguintes do Código Civil.

Ao analisar o instituto do enriquecimento sem causa, Carlos Nelson Konder ressalta que deve ser entendido como fonte de obrigação de restituir, ou seja, “como uma fonte autônoma de obrigações, figurando ao lado da responsabilidade civil (por culpa ou por risco) e das obrigações negociais (contratos e negócios unilaterais)”⁹⁸.

Tendo como requisito o acréscimo patrimonial de alguém à custa de outrem sem causa jurídica que o justifique, configura-se como instrumento de proteção à conservação estática do patrimônio, razão pela qual abarca casos não cobertos pela responsabilidade civil, instituto do qual se distancia⁹⁹.

Note-se, pois, que a concessão de indenização em quantia superior a que seria devida pode até gerar enriquecimento de determinado sujeito às expensas de outro, mas não é possível afirmar que inexista causa para tanto. Pelo contrário: no momento em que uma decisão judicial reconhece o dever de indenizar e arbitra o

⁹⁵ De acordo com o artigo 416 do Código Civil Brasileiro, para executar a cláusula penal, não necessita o credor demonstrar a ocorrência do prejuízo.

⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁹⁸ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2005, p. 378.

⁹⁹ KONDER *in* TEPEDINO, *loc. cit.*

montante indenizatório em quantia superior ao dano causado, preenchida está a causa da transferência patrimonial, ainda que injusta¹⁰⁰.

De igual modo, distancia-se a responsabilidade civil do enriquecimento sem causa na medida em que neste cabe uma demanda judicial para restituição do patrimônio recebido indevidamente. Por outro lado, parece lógico que se o Poder Judiciário concede indenização maior que o dano efetivamente experimentado, não pode o lesado lançar mão de pretensão judicial para reduzir o montante.

Postas essas premissas, constata-se que as bases da função indenitária não estão alicerçadas na vedação ao enriquecimento sem causa, mas nos conceitos de igualdade e de justiça corretiva de Aristóteles, bem como no desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil.

2.4.3 Função concretizadora.

Complementando as funções compensatória e indenitária, vislumbra-se no princípio da reparação integral o papel de concretizar o montante das indenizações. Em outros termos, atendendo à premissa de que o montante a ser outorgado à vítima deve corresponder, na medida do possível, ao exato prejuízo sofrido, tal função impõe ao julgador obrigação de auferir caso a caso a extensão do dano¹⁰¹, trazendo maiores desafios práticos quando o tema é dano extrapatrimonial.

Por incidência direta da função concretizadora, portanto, eleva-se barreira quase que intransponível para o acolhimento de propostas legislativas que visem a tabelar os valores das indenizações por dano extrapatrimonial, como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 334/2008. Ao fundamentar sua proposição, o autor da proposta – Senador Valter Pereira – apontou na existência de omissão legislativa a causa para sérias disparidades na fixação de indenizações, razão pela qual entende

¹⁰⁰ Em sentido contrário, Orlando Gomes afirma que a existência de uma causa injusta equivaleria à inexistência de causa. (GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 251).

¹⁰¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

“adequado o momento para regular o tema, suprindo lacuna existente no nosso ordenamento jurídico” e, assim, buscar maior segurança jurídica¹⁰².

Em sentido contrário, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino apoia-se nas lições de Lambert-Faivre para destacar a dificuldade de se estabelecer métodos de avaliação de danos de modo abstrato, notadamente porque a quantificação exige personalização¹⁰³. Em complemento, destaca o jurista que “a vida é muito mais rica do que as fórmulas abstratas definidas pelo legislador”, pelo que “a liquidação dos danos ensejados por um ato ilícito exige dos operadores do direito, partindo dessas normas genéricas, a construção de regras mais concretas para a solução dos casos”¹⁰⁴.

Diante desses argumentos, afigura-se mais adequado deixar para o julgador a árdua tarefa de avaliar concretamente os prejuízos invocados pelas partes. Trata-se de atividade precípua do Poder Judiciário, que não deve sofrer nenhuma espécie de “congelamento” por parte do legislador, o que afrontaria a função concretizadora do princípio da reparação integral, informador do artigo 944 do Código Civil.

No Brasil, o tema torna-se um pouco mais complexo porque o arbitramento do montante indenizatório está intrinsicamente vinculado à matéria de fato, esbarrando disposto na súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, em que pese ter a Corte Superior reiteradamente permitido o acesso de recursos com a finalidade de evitar excessos, na maior parte dos casos a importante questão da quantificação tem como última instância os Tribunais Estaduais.

De todo modo, parece que as restrições às propostas de tabelamento do dano extrapatrimonial não impedem que os julgadores fundamentem a fixação de indenizações com base nas diretrizes sinalizadas por precedentes jurisprudenciais. A propósito, verifica-se que “a jurisprudência tem desenvolvidos fórmulas pautadas

¹⁰² Disponível em www.legis.senado.gov.br/mate-pdf/13971.pdf. Acesso em 09/03/2012.

¹⁰³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 77.

pelo princípio da reparação integral, que não são rígidas, sempre admitindo adaptações às peculiaridades do caso concreto”¹⁰⁵.

2.5 Funções desenhadas por parte da doutrina e da jurisprudência.

Recentemente, visualiza-se forte tendência jurisprudencial¹⁰⁶ e doutrinária¹⁰⁷ no sentido de atribuir à indenização as funções de punir, de dissuadir e até mesmo

¹⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

¹⁰⁶ Processo Civil. Liquidação de sentença. Nulidade Danos morais. Lei de imprensa. Quantum indenizatório. I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. II – Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação. III - Conforme jurisprudência desta Corte, com o advento da Constituição de 1988 não prevalece a tarifação da indenização devida por danos morais. IV - Se para a fixação do valor da verba indenizatória, consideradas as demais circunstâncias do ato ilícito, acaba sendo irrelevante o fato de ter havido provocação da vítima, não é nula a decisão que, em liquidação de sentença, faz referência a tal fato. Não há, no caso, modificação na sentença liquidanda. V – Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 168945/SP, Terceira Turma do STJ, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, recurso julgado em 06/09/2001. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 03/12/2011); INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME E DADOS PROFISSIONAIS DE PESSOA FALECIDA SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NOME, IMAGEM E HONRA EM SEU ASPECTO OBJETIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Caso em que restou caracterizada a utilização do nome e dados profissionais de pessoa falecida, em trabalhos assinados pelo réu como agrimensor, sem qualquer autorização, como mecanismo de captação de clientela. 2. Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar. 3. Sentença reformada para condenar o réu/apelado ao pagamento de indenização por danos morais, cujo valor deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, além de atingir suas finalidades reparatória e sancionatória. 4. Apelação do espólio autor parcialmente provida. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0003277-06.2007.8.26.0543, 6ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, recurso julgado em 01/12/2011. Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 03/12/2011); APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DÍVIDA QUITADA. DECLARAÇÃO JUDICIAL DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. NOVA INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO. O registro do nome do consumidor em listagens de inadimplentes, sem causa que a justifique, implica-lhe prejuízos indenizáveis na forma de reparação por danos morais. Observadas as circunstâncias que envolvem a causa, sobretudo a peculiaridade do caso em que o débito objeto da inscrição já havia sido quitado e declarado inexistente por decisão judicial oriunda da primeira inscrição indevida, bem como a capacidade econômica da ofensora, sociedade empresária de grande porte com atuação nacional no ramo de telefonia, a conduta negligente reiterada da prestadora de serviço e os parâmetros da Instância Especial (REsp 623.776/SC) e deste Órgão Fracionário (Apelação Cível nº 70025502055), inclusive para o julgamento de casos similares, impõe a majoração do valor da indenização (R\$ 12.000,00). Para a fixação do valor da indenização por dano moral, além das peculiaridades do caso concreto, deve o julgador se ater aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como observar a natureza jurídica da indenização. Valor fixado na origem majorado. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70044314839, Nona Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, recurso julgado em 28/11/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 03/12/2011).

¹⁰⁷ Na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano e 2006, foi aprovado o enunciado 379, segundo o qual “O art. 044, *caput*, do

de educar o causador de dano, mesmo que inexistia previsão legal que autorize a agregação de tais finalidades à responsabilidade civil. Pelo contrário: as propostas de fixação legal destes novos critérios foram rechaçadas pelo legislador, valendo citar o veto feito ao artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)¹⁰⁸ e o Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.960/2002, que rejeitou a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 944 do Código Civil¹⁰⁹.

De toda forma, paulatinamente tem-se visto a invocação da “função punitiva” nas indenizações que vêm sendo outorgadas principalmente nos casos de dano extrapatrimonial. Deixando de lado os fundamentos e limitações do princípio da reparação integral, a ampliação das indenizações vem sendo fundamentada na premissa de que, além de reparar o mal sofrido, deve a verba concedida servir de punição ao ofensor e dissuadir a prática do ilícito.

Ao tratar do tema, Eugênio Facchini Neto pondera que a responsabilidade civil não deve somente reparar o prejuízo sofrido, mas também punir o ofensor e dissuadir a prática de condutas similares. Segundo seu entendimento, a outorga de

Código Civil, não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Disponível em www.deleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf. Acesso em 08/03/2012.

¹⁰⁸ Previa o vetado artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BNT, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer um dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

¹⁰⁹ O parágrafo a ser acrescido ao artigo 944 do Código Civil contaria com a seguinte redação, de acordo com o Projeto de Lei nº 9.690/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Entretanto, o texto foi rejeitado pelo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.960/2002, sob a seguinte justificativa: “A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais, confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros ilícitos. Cria, também, um duplo critério de indenização. O critério para o cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição”. (MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 49).

indenização serve para “sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas devem ser evitadas, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico”¹¹⁰.

Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, refere que a “indenização punitiva no dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição)”¹¹¹. Assim, autorizar-se a invocação da função punitiva quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável, quando o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou quando a conduta for reiterada¹¹².

Para Carlos Alberto Bittar, a reparação dos danos morais exerce função diversa da indenização outorgada em razão de danos patrimoniais, na medida em que a condenação deve “impingir sanção ao lesante, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”. Tal entendimento sustenta-se na premissa de que interessa ao direito e à sociedade que os relacionamentos entre os entes se mantenham dentro da legalidade, razão pela qual a indenização deve ser fixada em valor expressivo, levando em conta critérios como a gravidade do dano, a situação (econômica e social) e o objetivo de sancionar o lesante¹¹³.

Silvio de Salvo Venosa, não hesita em afirmar que “o caráter punitivo não pode ser marginalizado”, devendo a fixação de reparação por dano moral exercer papel educativo, dissuasório e pedagógico. Segundo o jurista, a inclusão de novas funções à responsabilidade civil dever-se-ia ao caráter “essencialmente mutante” do instituto, que estaria em constante adaptação aos novos anseios sociais¹¹⁴.

Mais cauteloso, Fernando Noronha lembra que a punição é marca inerente da responsabilidade penal. Contudo, mesmo que a função precípua da condenação não seja a punição, defende o autor angolano sua existência em caráter acessório:

¹¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 184.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

¹¹² *Ibidem*, p. 95.

¹¹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 279.

Um sancionamento do ofensor só terá justificação quando haja dolo ou culpa; unicamente nestes casos a reparação civil pode passar a ser também uma *pena privada*. Mas mesmo nestas situações, parece que o agravamento da indenização só se justifica na medida em que a punição do responsável (através da imposição da obrigação de pagar uma quantia) constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados, para de certo modo lhes “aplar” a ira¹¹⁵.

Em complemento, alude o doutrinador a existência da função preventiva da indenização, muitas vezes associada à noção de punição. Seu fundamento residiria na possibilidade de desestímulo de repetição de condutas lesantes, sendo certo que tal juízo de dissuasão não deva gerar exagero nos valores de indenização¹¹⁶.

Analisando-se as lições acima colacionadas, constata-se que a doutrina pátria vem adaptando o instituto da responsabilidade civil com finalidades puramente pragmáticas, a exemplo verificado nos *punitive damages*, idealizados no âmbito do direito anglo-saxão. Em que pese serem institutos marcadamente distintos¹¹⁷, pode-se constatar que a adaptação à responsabilidade civil proposta pela jurisprudência e pela doutrina brasileira está arraigada no instituto anglo-saxão.

De antemão, cabe sublinhar a lição de Yussef Said Cahali, segundo a qual atribuição dessas novas atribuições à responsabilidade civil desconsidera inexistir fundamentos específicos que distingam a responsabilização por danos patrimoniais da imputação de responsabilidade por danos extrapatrimoniais. Na realidade, ao invocar novas funções baseadas na experiência anglo-saxã, parcela da doutrina e da jurisprudência acaba por deslocar a questão para o âmbito da finalidade da condenação indenizatória, afastando-se dos fundamentos históricos e axiológicos informadores do instituto¹¹⁸.

¹¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, volume 4, p. 340.

¹¹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 440.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 441.

¹¹⁷ Enquanto os *punitive damages* são entendidos como punição em paralelo ao ressarcimento, a penalização civil defendida em países de tradição continental corresponde à penalização dentro do ressarcimento, com simples majoração.

¹¹⁸ CAHALLI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

3 A TRADIÇÃO ANGLO-SAXÃ E OS *PUNITIVE DAMAGES*.

Diferentemente do verificado nos países de tradição continental, a evolução histórica do direito de tradição anglo-saxã demonstra a aproximação dos conceitos de pena e de reparação. Ampliando a noção de penalidade civil, verifica-se na cultura jurídica da *common law* os chamados *punitive damages*, também conhecidos como *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*.

Ao tratar do tema, John Gotanda, reitor da Villanova University School of Law, refere que correspondem a montantes fixados além de quaisquer danos diretos constatados, normalmente concedidos por causa da prática de conduta maliciosa particularmente grave¹¹⁹.

Para Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, equivalem à concessão de indenização em relações extracontratuais, fixadas em valor muito superior ao necessário para reparar o dano, não entendido como um direito subjetivo da vítima. Com finalidade pragmática, visam a impedir repetição de prática irregular e punir o ofensor, “quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham a categoria continental do dolo, quais sejam: *malice*, *wantonness*, *willfulness*, *oppression*, *fraud*, entre outras”¹²⁰.

Importante ressalva é feita por Maria Celina Bodin de Moraes: este tipo de indenização não é outorgado em casos de simples culpa, sendo necessário que o agente tenha agido com grave culpa ou com dolo, e raramente concedidos, muito embora frequentemente requeridos. Decorrem, na maioria dos países que aceitam os *punitive damages*, de entendimento firmado por júri popular de que os atos do ofensor são considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente negligentes^{121 122}.

¹¹⁹ GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 4.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva – Punitive Damages e o Direito Brasileiro**. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 19.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 56.

¹²² Vale ressaltar que na Nova Zelândia, país de tradição jurídica anglo-saxã, os *punitive damages* são aplicáveis por juízes e não por júri popular. (GOTANDA, *op. cit.*, p. 31).

Objeto de muitos questionamentos e até mesmo de preocupações nos dias atuais¹²³, arraigam-se os *punitive damages* em tempos bastante remotos¹²⁴. Como exemplo de previsões semelhantes na antiguidade, pode-se citar disposição contida no Antigo Testamento, segundo a qual se alguém furtasse um boi ou uma ovelha e o matasse para vender, pagaria por um boi cinco bois e por uma ovelha quatro ovelhas¹²⁵.

O delineamento do instituto como posto nos dias atuais começou a ser traçado na Inglaterra com o *Statute of Councester* (1272)¹²⁶, tendo intensa evolução nos dois últimos séculos¹²⁷. Todavia, foi nos Estados Unidos que os *punitive damages* encontraram campos mais férteis, chegando a soma deste tipo de condenação a alcançar, somente no ano de 2001, a expressiva monta de US\$ 162 bilhões de dólares¹²⁸. Em razão da importância e das peculiaridades, o instituto nestes dois países será objeto de análise em tópico apartado.

De antemão, vale ressaltar que além dos Estados Unidos e da Inglaterra, o instituto é aplicável em países como Nova Zelândia, Austrália e Canadá, cada um deles contando com características próprias¹²⁹.

Na Nova Zelândia, os *punitive damages* são mais disponíveis que em outros países de *common law*, no sentido de que não há restrições de matérias aos quais podem ser aplicados. Mesmo assim, os montantes das condenações mostram-se significativamente inferiores aos aplicados em outras nações¹³⁰, ficando a média das condenações entre NZ\$ 10,000.00 e NZ\$ 30,000.00¹³¹. Tal característica deve-se principalmente ao fato de a penalidade ser aplicada por juízes de direito e não por

¹²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

¹²⁴ GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 4.

¹²⁵ Êxodo, 22:1: Se alguém furtar um boi (ou uma ovelha), e o matar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e por uma ovelha quatro ovelhas.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva – Punitive Damages e o Direito Brasileiro*. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 18. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>, acesso em 03/12/2011.

¹²⁷ GOTANDA, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ GOTANDA, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁹ GOTANDA, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁰ GOTANDA, *op. cit.*, p. 27.

jurados populares¹³². Não bastasse isto, marca o instituto neste país a existência de critérios consolidados em nível jurisprudencial para a quantificação da indenização, dentre eles o “princípio de que os prêmios devem ser modestos”¹³³.

Na Austrália, por sua vez, o instituto é visto como uma variedade das ações de responsabilidade civil. Cumpre destacar, entretanto, a existência de limitações à sua aplicabilidade. A primeira delas é o princípio “*if, but only if*”, segundo o qual apenas podem ser invocados se os *compensatory damages* não forem suficientes para marcar a reprovação da conduta e desestimular o réu a repetir o ato. Como segundo limite, encontra-se a impossibilidade de impor condenação desta natureza caso o demandado tenha sido punido na esfera penal, o que acarretaria duplicidade de punição, uma figura semelhante ao que no Brasil se conhece por *bis in idem*¹³⁴. No que toca aos valores de fixação, cumpre mencionar que são vedados os prêmios excessivos a título de punição, motivo pelo qual as condenações para os casos de injúria dificilmente superam a cifra dos AUS\$ 10,000.00¹³⁵.

Por fim, cabe registrar que a experiência canadense demonstra a aplicação do instituto em variados tipos de ação, sendo que naquele país as condenações têm aumentado em número e em montante¹³⁶. No Canadá, para a fixação dos montantes das condenações por *punitive damages*, são analisados seis fatores, quais sejam: a reprovabilidade da conduta, o grau de vulnerabilidade da vítima e o aproveitamento desta circunstância por parte do ofensor, a intensidade do dano imposto à parte reclamante, a pertinência de dissuadir a conduta do ofensor, a conveniência de proporcionar penalidade – civil ou criminal – pela conduta equivocada, e a obtenção, por parte do ofensor, de alguma vantagem em razão da prática do ato ilícito¹³⁷.

¹³¹ GOTANDA, *op. cit.*, p. 29.

¹³² GOTANDA, John. **Punitive damages:** a comparative analysis. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 31.

¹³³ *Ibidem*, p. 28.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 51.

3.1 Origem e desenvolvimento dos *punitive damages*: a experiência inglesa.

Em que pese a noção de punição em razão de conduta reprovável ser vista já no Antigo Testamento, é inegável que as raízes do instituto dos *punitive damages* estão na Inglaterra. Neste país, a primeira aparição de figura semelhante ao instituto remonta ao século XVIII, quando o *Statute of Conquest* (1272) previu a fixação de indenizações em um valor múltiplo ao prejuízo causado.

Inicialmente, este modo de indenização “exemplar” foi idealizado para os casos de danos patrimoniais, sendo aos poucos estendida para os danos de ordem extrapatrimonial¹³⁸. No ano de 1760, “algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por *mental suffering, wounded dignity e injured feelings*”¹³⁹.

No que tange à invocação dos *punitive damages* em casos de reparação de danos extrapatrimoniais, paradigmático foi o caso *Huckle v. Money*, julgado em 1763, no qual foi concedida indenização exemplar ao autor da ação em valor equivalente a 300 libras esterlinas. O julgamento analisou a prisão de um tipógrafo mediante um mandado ilegal, tendo sido fundamentado no entendimento de que “entrar na casa de uma pessoa com um mandado em branco, a fim de obter provas, é pior do que a inquisição espanhola”¹⁴⁰.

De todo modo, é possível afirmar que o instituto tornou-se estável apenas em 1964, quando do julgamento do caso *Rookes v. Barnard*¹⁴¹, em que o autor afirmou que o sindicato dos desenhistas de engenharia e construção naval teria induzido ilegalmente seu empregador a demiti-lo. Em primeiro grau, o júri concedeu ao postulante indenização no valor de £ 7,500.00, sendo a verba indenizatória afastada por decisão de segunda instância. Ao analisar o caso, a *House of Lords* decidiu

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva – Punitive Damages e o Direito Brasileiro**. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 18.

¹³⁹ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, *loc. cit.*

¹⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

responsabilizar o réu, negando, todavia, qualquer caráter punitivo ou exemplar à indenização¹⁴².

Fundamentando seu voto, Lord Devlin ponderou que o caso não reclamava aplicação de indenização exemplar, cujo objetivo era punir e intimidar¹⁴³. Utilizando-se do caso em questão, defendeu que a invocação dos *punitive damages* deveria ficar restrita a três categorias de casos: demandas envolvendo opressão praticada por funcionários do governo, atos ilícitos praticados deliberadamente, mediante cálculos dos riscos financeiros envolvidos, e casos expressamente previstos em lei (*statute*)¹⁴⁴. Não versando aquela demanda sobre nenhuma das hipóteses, a indenização conferida em primeira instância mostrou-se excessiva, razão pela qual deveria ser reduzida.

Em que pese ser um caso isolado, o precedente feito pelo caso *Rookes v. Barnard* é de fundamental importância na evolução dos *punitive damages*, na medida em que pontuou as categorias de casos que admitem a aplicação deste tipo de penalidade. Para encaixar-se na primeira espécie de casos – opressão praticada pelo governo –, deve ser verificado um ato arbitrário, opressivo ou inconstitucional, praticado por funcionário estatal no exercício de suas funções, como verificado no caso *Cassekk & Co., Ltd. v. Broome* (1972), no qual foi decidido que neste tipo de situação enquadram-se atos praticados pela polícia, por funcionários municipais e por outras autoridades¹⁴⁵.

Para invocar danos na segunda categoria de casos – ato ilícito praticado para obtenção de proveito econômico –, não se faz necessária a obtenção de ganho patrimonial em sentido estrito: cabe sua aplicação na hipótese de o ofensor ganhar

¹⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 229.

¹⁴² GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 9.

¹⁴³ Comentários sobre o caso disponíveis em <http://www.mjsol.co.uk/library/cases/child-abuse/rookes-barnard-1964-2/>. Acesso em 17/03/2012.

¹⁴⁴ GOTANDA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁵ GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 9.

algum objeto que não poderia ganhar ou que não poderia obter, exceto por um preço maior ao que estava disposto a pagar.

É o que explica Lord Devlin, ao prolatar voto em *Rookes v. Barnard*:

This category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object ... which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down. Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay¹⁴⁶.

Por fim, a terceira categoria abrange os casos em que os *punitive damages* são previstos em Lei, como ocorre no *Reserve Auxiliary Forces Act 1951*, que prevê a penalização exemplar do requerido em razão de falha, omissão ou contravenção, se o tribunal julgador assim entender necessário. De toda forma, tendo em vista que são poucos os estatutos que preveem a indenização exemplar, tal categoria não é frequentemente invocada na Inglaterra¹⁴⁷.

Em 1993, a decisão proferida no caso *Rookes v. Barnard* foi reafirmada, desta vez no caso *AB v. South West Services Ltd.* quando foi apreciada a conduta de funcionários do réu acusados de perturbar a ordem pública e enganar seus clientes. Como resultado do julgamento, entendeu-se que negligência, perturbação de ordem pública, engano e discriminação ilegal praticada por agente público não reclamaria a aplicação dos *punitive damages*¹⁴⁸.

No ano de 2011, todavia, a limitação imposta no caso *AB v. South West Services Ltd.* foi revista, agora no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*¹⁴⁹, que versou sobre a conduta de um oficial de polícia que falsificou uma assinatura com vistas a arquivar um inquérito policial. Ao apreciar os pedidos, a *House of Lords* concluiu que o que importa para determinar a aplicação de *punitive*

¹⁴⁶ Tradução livre: “Essa categoria não está confinada ao ganho patrimonial no sentido estrito. Ela se estende a casos nos quais o réu está procurando ganhar, às expensas do autor, algum objeto... o qual ou ele não poderia obter de nenhuma forma ou não poderia obter exceto por um preço maior do que ele gostaria de pagar. *Exemplary damages* podem ser propriamente outorgados quando é necessário ensinar um malfeitor que um ato ilícito não recompensa”. (GOTANDA, *op. cit.*, p. 9).

¹⁴⁷ GOTANDA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ GOTANDA, *op. cit.*, p. 11.

damages são as circunstâncias em que o ato ilícito é cometido, devendo elas se enquadrar dentro de uma das três categorias estabelecidas em *Rookes v. Barnard*.

Resumidamente, pode-se dizer que a decisão proferida em *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* ampliou o espectro dos casos nos quais cabe invocação de *punitive damages*, se comparado com as limitações trazidas quando do julgamento do caso *AB v. South West Services Ltd*. Por decorrência da decisão, voltou-se a admitir a punição exemplar em ações que versem sobre negligência, discriminação ilegal com base em raça, sexo ou deficiência, ficando excluídas apenas as hipóteses de violação contratual¹⁵⁰.

Nesse contexto, após restrição e ampliação dos casos em que são invocáveis os *punitive damages*, o instituto encontra atualmente seis limitações na Inglaterra, como explica John Gotanda:

Six limitations restrict the availability of punitive damages in England. The first is the "if, but only if," test. A court can award punitive damages only if compensatory damages are inadequate to punish the defendant, deter others, and mark the court's disapproval of such conduct. Second, the plaintiff must be the victim of the defendant's punishable behavior. Third, punitive damages may not be appropriate if the defendant has already been punished for the wrongful conduct. The principle is based on the rationale that one should not be punished twice for the same conduct. Fourth, the existence of multiple plaintiffs may limit the availability of punitive damages. The reasons for this limitation are that a court may be unable to apportion an award when not all of the plaintiffs are known or are before the court, or when not all of the plaintiffs may have been subjected to the alleged oppressive, arbitrary or unconstitutional behavior.⁵⁶ Fifth, punitive damages may not be justified when the defendant has acted in good faith. Sixth, if the plaintiff caused or contributed to the behavior complained of, that may preclude an award punitive damages¹⁵¹.

¹⁴⁹ Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>. Acesso em 18/03/2012.

¹⁵⁰ GOTANDA, John. **Punitive damages:** a comparative analysis. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 12.

¹⁵¹ Tradução livre: "Seis limitações restringem a aplicação dos *punitive damages* na Inglaterra. A primeira é o teste do "if, but only if,". A Corte pode outorgar *punitive damages* somente se a indenização por danos compensatórios for inadequada para punir o réu, dissuadir a prática e marcar a desaprovação da Corte acerca de tal conduta. Em segundo lugar, o autor deve ser a vítima do ato punível cometido pelo réu. Em terceiro lugar, *punitive damages* podem não ser adequados se o réu já foi punido pela conduta ilícita. O princípio é baseado na razão de que alguém não pode ser punido duas vezes pela mesma conduta. Em quarto lugar, a existência de múltiplos autores pode limitar a aplicabilidade dos *punitive damages*. A razão para esta limitação é que a Corte pode ser incapaz de repartir o *quantum* indenizatório quando nem todos os autores são conhecidos ou estão perante a Corte, ou quando nem todos os autores sujeitaram-se à alegada opressão, arbitrariedade ou conduta inconstitucional. Em quinto lugar, *punitive damages* podem não ser justificáveis quando o réu agiu de boa-fé. Em sexto lugar, se o autor causou ou contribuiu com o comportamento reclamado, isto pode

Para a quantificação das indenizações, são consideradas todas as condições relacionadas ao fato avaliado, que possam agravar ou mitigar a conduta do ofensor, incluindo a condição financeira do ofensor, os prejuízos causados ao ofendido em razão da prática ilícita, o grau de culpa do responsável pelo fato danoso, além da necessidade de condenar para atingir as finalidades de punição e exemplaridade¹⁵².

Para evitar que as condenações sejam excessivas, em reiteradas ocasiões as cortes inglesas têm indicado para os juris critérios que devem ser adotados quando da fixação deste tipo de indenização. Assim, desde o julgamento do caso *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* (1997)¹⁵³, os tribunais ingleses estão tentando prestar maiores esclarecimentos aos jurados, principalmente porque já existe preocupação quanto à insegurança ocasionada por este tipo de penalidade¹⁵⁴.

3.2 Valorização da punição: o direito norte-americano.

Ao contrário do verificado na Inglaterra, nos Estados Unidos os *punitive damages*, ainda que entendidos como “remédio extraordinário”, situado no âmbito da discricionariedade do júri, encontraram campo fértil¹⁵⁵. Atualmente, a maior parte dos Estados permite a aplicação dos *punitive damages*, sendo que os requisitos de

impedir uma indenização por *punitive damages*”. (GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 13).

¹⁵² Tradução livre: “Seis limitações restringem a aplicação dos *punitive damages* na Inglaterra. A primeira é o teste do “if, but only if”. A Corte pode outorgar *punitive damages* somente se a indenização por danos compensatórios for inadequada para punir o réu, dissuadir a prática e marcar a desaprovação da Corte acerca de tal conduta. Em segundo lugar, o autor deve ser a vítima do ato punível cometido pelo réu. Em terceiro lugar, *punitive damages* podem não ser adequados se o réu já foi punido pela conduta ilícita. O princípio é baseado na razão de que alguém não pode ser punido duas vezes pela mesma conduta. Em quarto lugar, a existência de múltiplos autores pode limitar a aplicabilidade dos *punitive damages*. A razão para esta limitação é que a Corte pode ser incapaz de repartir o *quantum* indenizatório quando nem todos os autores são conhecidos ou estão perante a Corte, ou quando nem todos os autores sujeitaram-se à alegada opressão, arbitrariedade ou conduta inconstitucional. Em quinto lugar, *punitive damages* podem não ser justificáveis quando o réu agiu de boa-fé. Em sexto lugar, se o autor causou ou contribuiu com o comportamento reclamado, isto pode impedir uma indenização por *punitive damages*”. (GOTANDA, *loc. cit.*).

¹⁵³ Disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>. Acesso em 23/02/2012.

¹⁵⁴ GOTANDA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 229.

aplicação variam de um para outro. Cinco Estados proíbem expressamente este tipo de punição ou restringem-na severamente:

Five states either prohibit the award of punitive damages altogether or severely restrict their use. Nebraska and Washington do not allow punitive damages. Louisiana, New Hampshire and Massachusetts also prohibit punitive damages, unless they are expressly authorized by statute¹⁵⁶.

Com efeito, nos Estados que permitem seu uso, são aplicáveis com duplo objetivo – punição (*punishment*) e dissuasão da conduta antijurídica (*deterrence*) -, podendo ser invocados nas relações extracontratuais de modo geral e não sendo admitidos, em regra, em casos de violação de contrato. Fruto do liberalismo que marca a sociedade norte-americana, o instituto tem destaque especial nas ações que versam sobre acidentes de consumo (*products liability*)¹⁵⁷.

A título de exemplo, pode-se citar o polêmico caso *Liebeck v. McDonald's*, em que a autora, uma senhora de 79 anos, recebeu indenização no valor de US\$ 2,700,000.00 por ter queimado sua perna com o café comprado na famosa rede de lanchonetes. Durante a instrução processual, ficou demonstrado que o café era servido a uma temperatura de 170°C, o que poderia causar queimaduras em seres humanos em apenas 3,5 segundos, enquanto se a temperatura fosse reduzida para 160°C o mesmo tipo de queimadura levaria 8 segundos para acontecer. Apurou-se, ainda, haver registro de 700 queimaduras semelhantes para o universo de 24 milhões de xícaras de cafés vendidas, quantidade que, percentualmente, aproximar-se-ia a zero. Todavia, os jurados entenderam que justamente por ser o número de acidentes inexpressivo, a rede de lanchonetes não tomara qualquer cuidado para evitar que pessoas se queimassem, razão pela qual severa punição no âmbito civil poderia auxiliar a modificar o quadro e evitar queimaduras¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Tradução livre: Cinco Estados proíbem a outorga de *punitive damages* completamente ou restringem severamente seu uso. Nebraska e Washington não permitem seu uso. Louisiana, New Hampshire e Massachusetts também proíbem, a não ser quando eles estão expressamente previstos em lei. (GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 34).

¹⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 231.

No caso *BMW of North America v. Gore* (1996), teve a Suprema Corte dos Estados Unidos a oportunidade de analisar o excesso dos *punitive damages* e de fixar parâmetros para a sua invocação¹⁵⁹. A lide discutia os danos sofridos por um consumidor que adquiriu automóvel no valor de US\$ 40,751.88, vindo a descobrir, posteriormente, que o veículo era repintado. Em sede de defesa, a ré alegou que desde 1983 adotou como política reparar os veículos danificados e vendê-los como novos, sem qualquer defeito, caso o reparo não ultrapassasse valor equivalente a 3% do bem, ainda que ao comprador isto não fosse informado¹⁶⁰.

Em primeiro grau, o júri do Tribunal de Birmingham acolheu o pedido feito pelo médico Ira Gore, condenando a montadora a pagar *punitive damages* fixados no importe de US\$ 4,000,000.00. Após redução do valor para US\$ 2,000,000.00 pela Suprema Corte do Estado do Alabama, o caso chegou à Suprema Corte norte-americana, para que fosse esclarecido o “padrão que irá identificar indenizações punitivas constitucionalmente excessivas”¹⁶¹.

Ao discorrer sobre o caso, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino dá destaque à decisão prolatada no caso *BMW of North America v. Gore*, uma vez que nela foram fixados critérios objetivos para a concessão dos *punitive damages*:

Mais recentemente, em função dos excessos ocorridos, a *Supreme Court* procurou estabelecer parâmetros mais objetivos para a fixação dos *punitive damages*, tendo, no caso *Gore* (1996), fixado três critérios para a sua concessão: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu, em função não apenas do elemento subjetivo (dolo, malícia), mas também da natureza do prejuízo (físico ou meramente econômico), indiferença com a saúde ou a segurança da vítima, vulnerabilidade financeira e repetição da conduta; b) disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*; c) diferença entre os *punitive damages* e as multas impostas em casos semelhantes¹⁶².

¹⁵⁹ O julgamento proferido no caso *BMW of North America v. Gore* é paradigmático uma vez que, pela primeira vez na história, uma condenação ao pagamento de *punitive damages* foi afastada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. (GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 38).

¹⁶⁰ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>. Acesso em 10/01/2012.

¹⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009,, p. 240.

¹⁶² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

Os parâmetros acima foram reafirmados no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (2003)¹⁶³, no qual se discutiu a recusa injustificada da seguradora em pagar a importância segurada, atitude que supostamente revelou má fé e fraude, causando aflição intencional à vítima¹⁶⁴.

Em primeira instância, o júri concedeu à parte autora a importância de US\$ 2,500,000.00 a título de danos compensatórios, além da condenação da seguradora ao pagamento de US\$ 145,000,000.00 a título de *punitive damages*. O caso então foi submetido à Suprema Corte de Utah, que reduziu a condenação para os patamares de US\$ 1,000,000.00 (*compensatory damages*) e US\$ 25,000,000.00 (*punitive damages*)¹⁶⁵.

A questão chegou à Suprema Corte Norte-Americana, que iniciou sua análise afirmando que *punitive damages* fixados de modo grosseiramente excessivos violam o devido processo (*Due Process Clause*). Importante menção também foi feita à subjetividade que permeia este tipo de punição: a outorga de *punitive damages*, em muitos casos, é utilizada como meio de o júri expressar seu preconceito com o demandado¹⁶⁶.

Nesse contexto, após determinar que a fixação deste tipo de punição deve obedecer a critérios objetivos¹⁶⁷, cuja demonstração precisa ser cabal, afirmou a Suprema Corte que a fixação de *punitive damages* não pode se justificar no fato de ser o réu poderoso economicamente¹⁶⁸. Desta forma, a condenação restou revertida sob o fundamento de não ter sido nem razoável nem proporcional ao erro cometido,

¹⁶³ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>. Acesso em 08/04/2012.

¹⁶⁴ GOTANDA, John. **Punitive damages**: a comparative analysis. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 41.

¹⁶⁵ GOTANDA, *loc. cit.*

¹⁶⁶ GOTANDA, *loc. cit.*

¹⁶⁷ No curso do julgamento, pontuou a Suprema Corte Norte-Americana que a “censurabilidade da conduta do réu pode ser auferida considerando os seguintes fatores: (i) se o dano causado é de natureza física ou econômica, (ii) se a conduta do réu evidencia uma indiferença com a segurança ou a saúde dos outros, (iii) se vítima estava passando por dificuldades financeiras ou encontrava-se em posição vulnerável, (iv) se a conduta em questão constitui fato isolado ou foi executada repetidamente pelo réu, e (v) se a conduta do réu representa malícia ou malandragem”. (GOTANDA, *op. cit.*, p. 42).

¹⁶⁸ GOTANDA, *op. cit.*, p. 43.

revelando afronta ao devido processo e ocasionando privação injustificada da propriedade da parte ré¹⁶⁹.

3.3 Fixação de critérios e limitação da aplicabilidade do instituto.

Apesar de arraigado na cultura norte-americana, sendo, inclusive, objeto de produção literária e cinematográfica¹⁷⁰, atualmente os *punitive damages* já são encarados como problema jurídico, social e econômico, notadamente em razão de seu uso desenfreado¹⁷¹. Ante à completa imprevisibilidade, o instituto passou a ser considerado “o grande causador da crise da responsabilidade civil nos Estados Unidos, a partir dos anos 80”¹⁷².

Reflexo de tal preocupação é a proibição ou severa limitação à sua aplicação feita por cinco Estados norte-americanos¹⁷³. Na mesma direção, outros dezesseis Estados estabeleceram tetos legais (*caps*) para este tipo de indenização. Pode-se citar, exemplificativamente, os critérios adotados no Alabama e na Georgia, em que os *punitive damages* não podem ultrapassar a monta de US\$ 250,000.00. New Jersey, por sua vez, limita este tipo de compensação a cinco vezes o valor fixado a título de *compensatory damages*, ou US\$ 350,000.00, o que foi maior¹⁷⁴.

Outro ponto que merece destaque é a recente modificação na orientação dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em relação à matéria. Por mais de duzentos anos, a superior instância norte-americana recusou-se a colocar limites constitucionais à aplicação dos *punitive damages*, ao passo que, a partir de 1996 (caso *BMW of North America v. Gore*) começou a fixar condições e procedimentos para este tipo de condenação¹⁷⁵.

¹⁶⁹ GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 44.

¹⁷⁰ O instituto dos *punitive damages* permeia o enredo do livro *The Runaway Jury* (1996), de John Grisham, adaptado para o cinema no ano de 2003.

¹⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

¹⁷² MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 70.

¹⁷³ GOTANDA, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁴ GOTANDA, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷⁵ GOTANDA, *op. cit.*, p. 38.

A preocupação da Suprema Corte com os efeitos causados pelo instituto tornou-se evidente diante dessa nova orientação, como assinala John Gotanda:

In short, the Supreme Court's recent decisions unambiguously illustrate that the Court is deeply concerned with both the process for awarding punitive damages as well as the size of the awards. It has held that procedural due process mandates that safeguards be in place to ensure fairness in the awarding of punitive damages. Furthermore, it has ruled that substantive due process prohibits grossly excessive awards of punitive damages. Thus, it is likely that American courts in the coming years will more closely scrutinize punitive damages awards to ensure (by United States standards) that they are reasonable and proportionate to the wrong committed¹⁷⁶.

Diante dessas ponderações, resta claro que, mesmo em um país de cultura marcadamente liberal, que bem recepciona a noção de punição civil, tal modo de pensar o direito vem causando reflexos perigosos à sociedade e à economia. Em termos estritamente jurídicos, cumpre destacar a crise gerada na responsabilidade civil a partir do final do século XX, impulsionada pelos *punitive damages*¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Tradução livre: "Em resumo, as decisões recentes da Suprema Corte inequivocamente ilustram que a Corte está profundamente preocupada tanto com a outorga de *punitive damages*, quanto com o montante da condenação. Declarou que o *due process* demanda que critérios sejam estipulados para assegurar a justiça na mensuração dos *punitive damages*. Além disto, já decidiu que o *due process* coíbe condenações de *punitive damages* grosseiramente excessivas. Por isto, é provável que as Cortes Americanas, nos próximos anos, passarão a analisar minuciosamente as condenações de *punitive damages* para a assegurar (pelos *standards* dos Estados Unidos) que eles sejam razoáveis e proporcionais ao dano cometido". (GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012, p. 45).

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 70.

4 FUNÇÃO PUNITIVA E O DIREITO BRASILEIRO

4.1 Análise da função punitiva da indenização no Direito Brasileiro.

Conforme destacado, nos últimos anos vem ganhando espaço uma nova função para a indenização no âmbito direito brasileiro. Trata-se do que doutrina e jurisprudência convencionaram chamar de “danos punitivos”¹⁷⁸ ou, em melhor definição terminológica, de “indenização punitiva”¹⁷⁹.

Tal função decorre de uma adaptação do instituto dos *punitive damages* para o direito nacional, sendo invocável especialmente nos casos de reparação por danos extrapatrimoniais¹⁸⁰, quando verificada conduta reiterada^{181 182} ou atitude reprovável, permeada por dolo ou por negligência grave¹⁸³.

Ao analisar o tema, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que a indenização punitiva deve ser encarada como “figura anômala, intermediária entre o direito civil e o penal”, que tem por objetivo primordial punir o ofensor através da condenação ao pagamento de soma pecuniária à vítima do dano. Trata-se de noção extravagante à tradição brasileira, vez que não considera a reparação o fim último a ser alcançado pela responsabilidade civil¹⁸⁴.

Com efeito, a aplicação da função punitiva da indenização no direito brasileiro não se dá pela imposição de condenação específica para punir, dissuadir ou educar o ofensor, mas pela sanção dentro do próprio ressarcimento, com simples majoração

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

¹⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 75.

¹⁸¹ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2011.020123-5, Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de SC, Relator: Carlos Prudêncio, Julgado em 22/05/2012. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 04/06/2012.

¹⁸² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

¹⁸³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70044333466, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Marinele Bonzanini, Julgado em 14/12/2011/. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 04/06/2012.

¹⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 258.

do *quantum* indenizatório¹⁸⁵. No âmbito da *common law*, ao contrário, a punição ao ato ilícito ocorre com a imposição de condenação apartada, em geral em quantia bastante superior à necessária para reparar o dano¹⁸⁶.

Ocorre que o ordenamento jurídico nacional não prevê qualquer hipótese de ampliação da quantia a ser paga à vítima, estatuidando apenas que a indenização deve ser equivalente à extensão do dano. Justamente por isto, inexistem critérios postos que devam ser observados na aludida majoração da verba indenizatória, o que acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica.

Nesse contexto, Sergio Cavalieri Filho sugere que a fixação da indenização deve levar em consideração diversos fatores, tais como a condição econômica do ofensor e o grau de culpa do causador do dano¹⁸⁷. Na mesma esteira, Carlos Alberto Bittar defende que o arbitramento do *quantum* indenizatório deve pautar-se pela gravidade do dano e pela situação patrimonial e social das partes envolvidas¹⁸⁸, critérios que revelam a utilização da responsabilidade civil como meio de sancionar o causador do dano.

Na jurisprudência, vê-se a utilização de semelhantes critérios no momento em que a indenização é fixada, conforme entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS. REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Na fixação do valo da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se

¹⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 51.

¹⁸⁶ Nesse sentido, confira-se, por exemplo, a decisão de primeira instância proferida no caso *Automobile Insurance Company v. Campbel*, em que US\$ 2,500,000.00 a título compensatórios e US\$ 145,000,000.00. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>. Acesso em 08/04/2012.

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

¹⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 279.

perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. (...) ¹⁸⁹.

Para o mesmo norte aponta o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se pode verificar em decisão lavrada pelo desembargador Tibúrcio Marques, abaixo transcrita:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DEVER DE INDENIZAR – MATÉRIA NÃO IMPUGNADA – PREJUÍZOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – DANOS MORAIS – DUPLA FUNÇÃO. (...) A reparação do dano moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob o prisma da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. O exame da extensão do dano leva em conta o bem jurídico lesado, como por exemplo, a honra, a integridade psicofísica, etc. Já as condições pessoais da vítima é o critério que pesquisa a situação do ofendido antes e depois da lesão. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, motivo pelo qual visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. Nesse ponto, observa-se a condição econômica do ofensor e o grau de culpa do agente ¹⁹⁰.

Como é fácil perceber, os critérios eleitos pela doutrina e pela jurisprudência para a realização de um juízo de punição não estão previstos no artigo 944 do Código Civil, cuja redação é absolutamente clara ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Todavia, reiteradamente esses parâmetros são mencionados, mesmo que com finalidade meramente retórica, ou seja, mesmo que em muitos casos não influenciem de fato na fixação do montante indenizatório.

Nesse sentido, pode-se citar decisão prolatada pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foram mencionados quais os critérios deveriam ser utilizados para que atendessem o juízo de punição, mas nenhuma ponderação de fato sobre eles foi feita:

(...) deve a parte autora receber uma soma que lhe compense os prejuízos e transtornos sofridos, nas peculiaridades da situação fática vivenciada, atendidas as circunstâncias do caso, tendo em vista as posses do ofensor, por evidente elevadas, e a situação pessoal e econômica da ofendida, empresa de médio porte. Com base nesses parâmetros, entendo que a

¹⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 839923/MG, Quarta Turma do STJ. Relator: Ministro Raul Araújo, recurso julgado em 15/05/2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 07/06/2012.

¹⁹⁰ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0079.05.191436-8/001, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Tibúrcio Marques, recurso julgado em 01/11/2008. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 07/06/2012.

quantia correspondente a R\$ 6.000,00 (seis mil reais) é razoável e atende à função punitiva¹⁹¹.

Analisando-se a fundamentação do acórdão cujo trecho foi acima transcrito, percebe-se que o desembargador relator referiu que o valor fixado serviria para reparar o dano e punir o ofensor, levado em consideração o patrimônio das partes e a situação fática vivenciada. Aparentemente, no entanto, os critérios elencados não foram objeto de efetiva ponderação, inexistindo sequer análise sobre o cabimento ou não de punição no âmbito civil, quanto menos sobre os critérios elencados para o arbitramento da indenização.

Tal realidade se repete em diversos outros julgados, circunstância que põe em dúvida se as referências feitas à punição no âmbito da responsabilidade civil de fato estão majorando a indenização devida ou se apenas demonstram predisposição dos julgadores em acolher pedidos de reparação civil em certos tipos de demandas.

Nada obstante tal realidade, que demandaria uma análise mais aprofundada, necessário analisar as principais restrições feitas à indenização punitiva pela parcela da doutrina nacional que não reconhece sua aplicabilidade no Brasil.

4.2 Restrições à aplicação da função punitiva no direito brasileiro.

4.2.1 Ausência de previsão normativa que fundamente o caráter punitivo.

O primeiro óbice a ser enfrentado pelos favoráveis à indenização punitiva no direito brasileiro é a ausência de previsão normativa que permita sua invocação. Como já referido, o ordenamento jurídico nacional adotou como regra o princípio da reparação integral para a fixação das indenizações, havendo permissão para seu afastamento apenas nos casos regulados pela Lei de Imprensa, cujo artigo 53, II, estabelece critérios baseados na culpa, no dolo ou em atitudes reiteradas do agente para a fixação do montante indenizatório.

¹⁹¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70030880611, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/12/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/06/2012.

Ao analisar se o Direito Brasileiro alberga a função punitiva da indenização, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino lembra que nas duas recentes tentativas de sua positivação houve manifestação contrária do legislador. Desta forma, em razão do veto feito ao artigo 16 do Código de Direito do Consumidor e da rejeição ao Projeto de Lei 6.960/2002, ficou claro que o ordenamento jurídico não abriga a ampliação da indenização com vistas a punir o ofensor¹⁹².

De acordo com a legislação positiva, portanto, o causador de um dano está obrigado somente a compensá-lo, não podendo ser punido com a imposição de obrigação de pagar indenização superior à quantia suficiente para a reparação como forma de punição ou de desestímulo¹⁹³. Tal hipótese, evidentemente, afronta o princípio da legalidade, sintetizado pelo brocardo *nulla poena sine lege*, previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal¹⁹⁴.

Sobre a impossibilidade de invocação da função punitiva em razão do que dispõe o supracitado dispositivo constitucional, esclarecedores são os dizeres de Fernando Moreira e Atalá Correia, senão vejamos:

A ostensiva punição do agente não se concilia com o art. 5º, XXXIX, da CF/88, cuja dicção não deixa margem a dúvidas: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com efeito, ao se atribuírem ao juiz poderes para que ele, se valendo do seu prudente arbítrio, estabeleça, “compensação punitiva”, cria-se pena sem prévia cominação legal¹⁹⁵.

Atento à vedação constitucional, Carlos Roberto Gonçalves defende que, tendo a lei estipulado que a indenização mede-se em razão do dano, não pode o julgador abrir mão do critério da reparação integral, senão nos moldes do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro¹⁹⁶. Desta maneira, considerando que o direito positivo não prevê a análise de culpa e de situação econômica das partes

¹⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

¹⁹³ MOREIRA, Fernando. CORREIA, Atalá. A fixação do dano moral e a pena. In *AUGUSTIM, Sérgio (Coord.)*. **Dano Moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004, p. 91.

¹⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 260.

¹⁹⁵ MOREIRA in *AUGUSTIM, op. cit.*, p. 90.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 712.

envolvidas em um litígio ou de qualquer outro critério punitivo, senão nos casos tutelados pela Lei de Imprensa, tais fatores não devem ser considerados quando da fixação do *quantum* indenizatório.

4.2.2 Limitação imposta pelo princípio da reparação integral.

Nas bastasse a ausência de previsão normativa para invocação da função punitiva da indenização, cumpre mencionar que sua aplicação contraria o princípio informador do artigo 944 do Código Civil (função indenitória), segundo o qual a indenização serve apenas para reparar o dano.

Ao analisar os critérios de reparação adotados pelo ordenamento jurídico nacional, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ressalta que na fixação da indenização não se deve olhar para o causador do dano, mas para o lesado, a fim de dar-lhe ampla e integral indenização¹⁹⁷. Mesmo nos casos de dano extrapatrimonial, em que não se tem uma demarcação clara da extensão econômica dos prejuízos, o princípio da reparação integral deve servir como norte para a fixação do montante indenizatório, não sendo tolerada majoração da indenização com vistas a punir o responsável pelo dano¹⁹⁸.

Além dos fundamentos legalistas para afastamento da função punitiva no âmbito do direito nacional, portanto, parece claro que sua aplicação é impossibilitada por afronta ao fundamento ético-filosófico do princípio que embasa o artigo 944 do Código Civil, qual seja, o não locupletamento à custa alheia¹⁹⁹. Justamente por esta razão, a fim de evitar excessos indenizatórios, a função indenitória do princípio da reparação integral indica como teto para a fixação da indenização a quantia que sirva para reparar o mal sofrido, impedindo que o lesado seja *injustamente enriquecido* ao receber a indenização.

¹⁹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 74.

Importante registrar que as restrições feitas à tese da indenização punitiva não guardam relação com o instituto do enriquecimento *sem causa* (artigo 884 do Código Civil), como referido de modo reiterado pela jurisprudência²⁰⁰. Tal instituto deve ser entendido como fonte autônoma de obrigações²⁰¹, cuja configuração depende do enriquecimento de alguém, do empobrecimento de outrem, da existência de nexo de causalidade das alterações patrimoniais e da ausência de causa jurídica que justifique tais modificações, dando ensejo à propositura de ação própria para reaver o prejuízo²⁰².

Na hipótese da função punitiva da indenização, contudo, não são preenchidos os pressupostos acima arrolados, sendo indiscutível que o acréscimo verificado no patrimônio terá causa justificável juridicamente, mesmo que injusta do ponto de vista ético-filosófico. Diante de tal realidade, não se vê no instituto do enriquecimento *sem causa* óbice à aplicação da função punitiva da indenização.

Na realidade, a função punitiva da indenização resta impedida em razão dos conceitos de corretiva e de justiça comutativa, formulados por Aristóteles e por São Tomás de Aquino, os quais embasam o princípio da reparação integral²⁰³. Assim, mesmo que mesmo baseada em causa jurídica válida (decisão judicial), a imposição de condenação ao ofensor em quantia superior à necessária à reparação do dano acarreta *enriquecimento injusto* do lesado, pelo que não pode ser admitida.

Discorrendo sobre os efeitos acarretados pela agregação da função punitiva à indenização, Maria Celina Bodin de Moraes aponta grave contradição:

Tentando cumprir funções de natureza antagônica, o resultado não poderia deixar de ser paradoxal: deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima. No entanto, é dedução lógica obrigatória que, sob o ponto de vista econômico a vítima sairá, nesses casos, “enriquecida”, na

¹⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p 60.

²⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70049043730, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 05/06/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 16/06/2012.

²⁰¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 297.

²⁰² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

²⁰³ SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 61.

medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano demandaria²⁰⁴.

A lição da jurista carioca demonstra com clareza que a função punitiva não se coaduna com o princípio da reparação integral. Note-se ser impossível conciliar as noções de punição de reparação, pois a invocação conjunta faz com que o montante indenizatório supere os limites impostos pelo princípio que rege a matéria no âmbito do direito pátrio.

Na tentativa de moralização da sociedade, porém, a jurisprudência colhida dos principais tribunais brasileiros tem repetido que a indenização deve cumprir funções reparatória, punitiva e pedagógica sem causar enriquecimento ao lesado²⁰⁵. Como visto, tal realidade mostra-se paradoxal, de aplicação inviável sob a luz do princípio da reparação integral.

4.2.3 Pena e reparação. Finalidades e pressupostos diversos.

A evolução histórica da responsabilidade civil nos países de *civil law* aponta distinção entre os conceitos de pena e reparação, a qual foi alcançada de modo definitivo em meados do Século XVIII (tópico 1.1.1, *supra*). A partir de tal período, passaram a ser tratados como institutos distintos, com finalidades e pressupostos de aplicação diversos.

Em outros termos, na linha evolutiva do instituto, chegou-se à separação das responsabilidades civil e penal, ficando evidenciadas as funções de cada uma. Sobre o assunto, Fernando Noronha destaca que enquanto a responsabilidade penal deve ser entendida como “a responsabilidade individual perante o Estado”, permitindo a este sancionar em razão de infrações graves, a responsabilidade civil tem como função essencial a reparação dos danos causados²⁰⁶.

²⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 33.

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70037671351, Décima Primeira Câmara Cível do TJ/RS, Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Recurso Julgado em 17/11/2010. Acesso em 05/12/2011. MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 1.0313.08.241154-4/001, Décima Quinta Câmara Cível do TJ/MG, Relator: Desembargador Tibúrcio Marques. Recurso julgado em 06/11/2008. Acesso em 05/12/2011.

²⁰⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

Ao abordar a distinção entre multa pecuniária (pena) e reparação por dano extrapatrimonial, Fernando Moreira e Atalá Correia alertam que a diferença é sutil. Embora a execução de ambas se dê através da entrega de determinada soma de dinheiro, a distinção se faz pelas finalidades e pelos destinatários da obrigação. Por um lado, a pena destina-se à repressão do ofensor e deve ser revertida para um fundo público; por outro, a indenização objetiva reparar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, motivo pelo qual é paga ao próprio ofendido²⁰⁷.

Com efeito, no caso da função punitiva da indenização constata-se inversão dos conceitos: pune-se o ofensor, mas entrega-se o resultado da punição (acréscimo no valor da indenização) ao lesado. Trata-se de equívoco flagrante, na medida em que o valor patrimonial compulsoriamente subtraído, ainda que não na forma de multa, deveria ser revertido para o Estado, titular do juízo de punição.

Não bastasse essa realidade, necessário mencionar que os pressupostos de ocorrência de responsabilidade civil e penal são distintos. Enquanto o dever de reparar danos pode independer de demonstração de culpa ou de dolo, como ocorre nas hipóteses previstas no Código Civil (artigo 927, parágrafo único) e no Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 14), parece lógico que qualquer juízo de punição requer apuração de culpa ou de dolo, tal como ocorre na seara criminal.

Analisando-se precedentes colhidos dos tribunais nacionais, no entanto, vê-se que a função punitiva da indenização vem sendo invocada principalmente nos casos solvidos à luz do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁸, que são regulados por responsabilidade objetiva e que muitas vezes são decididos com base nas regras que repartem o ônus probatório.

Tal aplicação, todavia, reputa-se ainda mais indevida, na medida em que qualquer tipo de penalidade exige a análise exauriente dos graus de culpa, sendo

²⁰⁷ MOREIRA, Fernando. CORREIA, Atalá. A fixação do dano moral e a pena. In *AUGUSTIM, Sérgio (Coord.)*. **Dano Moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004, p. 98.

²⁰⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0020178-42.2010.8.26.0576, Trigesima Câmara Cível do TJ/SP, Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Recurso julgado em 01/12/2011. Acesso em 05/12/2011. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70047379953, Décima Segunda Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut, Julgado em 12/04/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 17/06/2012.

necessário, ainda, oferecer àquele que está sendo submetido ao juízo de punição todos os mecanismos necessários à sua ampla defesa.

Diante dessas razões, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler defendem ser inviável a aplicação da função punitiva da indenização nos casos de responsabilização objetiva, senão vejamos:

Não há que se pensar em punir com indenização nos casos de responsabilidade objetiva, que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade²⁰⁹.

Diante desses esclarecimentos, imperioso concluir que a função punitiva da indenização esbarra nas distintas finalidades e pressupostos das responsabilidades civil e penal. Aludidas incongruências restas ainda mais claras quando a situação analisada reclama a aplicação de responsabilidade objetiva ou quando o direito instrumental não oferece os mecanismos suficientes à realização de julgamento de punição.

4.3 Alternativas à função punitiva.

Conforme mencionado, a função punitiva da indenização fundamenta-se em premissas pragmáticas, em especial na noção de que a exemplaridade da imposição judicial servirá para punir o ofensor e incentivá-lo a não voltar a cometer o ato ilícito. À primeira vista, parece que a rápida aceitação da indenização punitiva em países de tradição continental como o Brasil decorre da “insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante de indenização limitado ao *quantum* efetivamente sofrido”²¹⁰.

Nessa linha de pensamento, Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que a aplicação da teoria no Brasil objetiva moralizar a sociedade, mesmo causando distorções no instituto da responsabilidade civil, cujo escopo principal é a reparação

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** – Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 21.

²¹⁰ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, *loc. cit.*

ou compensação de danos²¹¹. Deste modo, na tentativa de dar respostas imediatas à sociedade, parte da doutrina e da jurisprudência vem invocando a função punitiva da indenização ignorando as raízes históricas da responsabilidade civil, bem como as restrições que o ordenamento jurídico brasileiro impõe à sua aplicação.

Nesse contexto, “a função punitiva da reparação de danos extrapatrimoniais, como está hoje, enseja mais problemas que soluções”. Como consequências de sua aplicação, pode-se referir o aumento da insegurança e da imprevisibilidade das decisões judiciais e, até mesmo, a ocorrência de uma verdadeira mercantilização das relações existenciais²¹².

Tal realidade não afasta a necessidade de se dar respostas efetivas aos casos de danos repetitivos ou cometidos com dolo ou grave negligência. É preciso, entretanto, encontrar mecanismos efetivos que estejam em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e que não causem distorção no importante instituto da responsabilidade civil.

Para tanto, “parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei”²¹³, as quais devem indicar a punição para casos nos quais se vislumbre conduta repugnante ou reiterada, que fira o bem-estar da coletividade e que seja analisada sob o prisma da responsabilidade subjetiva. Para tanto, necessário pronunciamento expresso do legislador “tanto para delinear o instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais, imprescindíveis quando se trata de juízo de punição”²¹⁴.

É para esse norte que aponta, exemplificativamente, Código Civil Português, que em seus artigos 493º e 496º ²¹⁵, prevendo critérios para reparação por danos causados com mera culpa e diretrizes para a apuração dos montantes indenizatórios decorrentes de danos extrapatrimoniais. Mesmo sem normatizar as *fattispecie* que

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 54.

²¹² *Idem*. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 76.

²¹³ *Ibidem*, p. 76 *et seq.*

²¹⁴ *Ibidem*, p. 330.

²¹⁵ Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>. Acesso em 17/06/2012.

reclamam a invocação da função punitiva, sua aplicação ocorre em conjunto com leis esparsas, como a lusitana Lei da Televisão (Lei 32/2003), a qual estabelece punições em casos de abusos ou atos ilícitos.

Para os casos de ilícitos relacionados com a atividade da imprensa, o Brasil já dispõe de semelhante previsão normativa. Neste sentido, a Lei 5.250/67 permite ao julgador a aplicação de indenização punitiva quando verificados danos morais em razão das atividades pela norma regulada, além de punições mais drásticas. Cumpre registrar que a norma estabelece que o produto da punição será revertido para o próprio lesado, o que contraria a lógica do sistema de responsabilidade civil.

No que tange ao Direito do Consumidor, a tentativa de inclusão da função punitiva da indenização foi expressamente rejeitada com o veto feito ao artigo 16. Vale salientar, no entanto, que o diploma prevê diversos meios de punição àqueles que infringirem as normas protetivas dos direitos do consumidor, arrolando, no artigo 56, diversos tipos distintos de sanção administrativa²¹⁶.

Importante mencionar que essas punições administrativas não esbarram nos óbices que impedem a aplicação da função punitiva da indenização no direito brasileiro. Além de positivadas, as sanções são aplicadas somente após processo instaurado e instruído de acordo com a Lei 9.784/99, sendo revertidas para fundos públicos municipais, estaduais ou federais.

Para os casos de situações potencialmente causadoras de lesões a grande número de pessoas, nosso ordenamento admite figura semelhante a dos *punitive damages* com fins de prevenção e exemplaridade. Tratam-se das hipóteses abrangidas pelas Ações Cíveis Públicas ou por penalidade administrativas, cujas

²¹⁶ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

condenações devem ser revertidas para fundos determinados previamente, beneficiando grande número de pessoas.

Favorável a esta forma de condenação punitiva, aplicável apenas em casos excepcionais, Maria Celina Bodin de Moraes assim se posiciona:

Muito apropriadamente, a Lei nº 7.347/85, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê, no artigo 13 que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano reverterá a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Aliás, os artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor já preveem não só a multa a ser aplicada nos casos que menciona, como também sua destinação ao fundo de que trata a Lei nº 7.347/85²¹⁷.

Como se percebe, para alcançar os objetivos propostos pela função punitiva da indenização, o direito pátrio não precisa utilizar a chamada função punitiva da indenização, vez que no sistema jurídico nacional existem alternativas viáveis para punir os causadores de danos repetitivos ou repugnantes²¹⁸.

²¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 77.

5 CONCLUSÕES

A evolução histórica da responsabilidade civil demonstra que o instituto tomou rumos diversos nas tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*. Enquanto na primeira visualizou-se paulatina separação entre as noções de responsabilidade e de pena, na segunda enxerga-se a aproximação dos conceitos.

Essas diferenças decorrem não apenas das escolhas político-filosóficas feitas em cada tradição, por aqueles que operam, pensam e regulamentam o Direito²¹⁹; decorrem, também, da evolução histórica do instituto e dos traços culturais distintos que marcam esses dois sistemas jurídicos²²⁰.

Inserido no modelo da *civil law*, o ordenamento jurídico brasileiro diferencia claramente os conceitos de pena e de responsabilidade. Diferentemente do que se verifica em países de tradição anglo-saxã, as normas nacionais descrevem que a reparação é o objetivo a ser alcançado pela responsabilidade civil, ficando a função punitiva delegada às searas penal e administrativa.

Não por outra razão, a norma geral que regulamenta a indenização no Direito Brasileiro é embasada no princípio da reparação integral. Trata-se do artigo 944 do Código Civil, cujo fundamento ético-filosófico é a ideia de justiça corretiva delineada por Aristóteles.

A aplicação de aludido princípio traz consigo limitações e imposições. Por força de sua função compensatória, a reparação deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima; em razão da sua função indenitária, por outro lado, o montante indenizatório não pode ultrapassar a quantia necessária a reestabelecer o *status quo* da vítima. A soma de tais premissas faz com que, de

²¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** – Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 25.

²¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2009, p. 21.

²²⁰ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, *op. cit.*, p. 16.

acordo com sua função concretizadora, os prejuízos submetidos ao Poder Judiciário devam ser objeto de avaliação concreta do julgador.

Nada obstante a tal realidade, autorizados doutrinadores têm defendido que deve ser agregada à indenização a função de punir o ofensor, estimulando-o a não cometer a mesma falta novamente. Com finalidades notadamente pragmáticas, a função punitiva da indenização vem tendo aceitação jurisprudencial, sendo invocável em casos de conduta grosseiramente negligente, de atitude marcada por dolo ou então de danos repetitivos.

Em muitos casos, as referências à punição na esfera civil se dão de maneira indireta. Note-se ser comum a fixação da indenização levando em consideração as condições econômicas do réu, na gravidade do ilícito e os graus de culpa do lesante. Aludidos critérios são inerentes a juízos de punição e não estão em consonância com o princípio da reparação integral.

Cabe pontuar que a função punitiva da indenização, em que pese inspirada nos *punitive damages* direito anglo-saxão, em muito deles se diferencia. Trata-se da majoração da verba indenizatória com vistas a punir o ofensor, sendo certo que essa sanção se dá dentro da própria indenização.

Ocorre que, mesmo diante de sua reiterada invocação, parece claro que a função punitiva da indenização encontra fortes óbices no direito brasileiro. Conforme exposto na última parte deste estudo, além da ausência de Lei que autorize sua invocação em todos os tipos de relação²²¹, sua utilização afronta os limites impostos pelo princípio da reparação integral, contrariando, também, a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil no âmbito da *civil law*.

Tal realidade não afasta a necessidade de se punir aqueles que agem reiteradamente às margens da licitude, ou que cometam danos em razão de conduta dolosa ou gravemente negligente. Entretanto, enxerga-se no ordenamento jurídico

²²¹ A função punitiva da indenização encontra-se prevista de modo expreso apenas na Lei de Imprensa, havendo manifestações contrárias do legislador quanto à sua inserção no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

nacional mecanismos sancionatórios eficazes tais como as penalidades administrativas positivadas no Código de Defesa do Consumidor e no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.394/85).

Nessas alternativas, devidamente positivadas e não extravagantes à tradição jurídica brasileira, são propiciadas ao acusado ferramentas adequadas ao exercício de sua ampla defesa. Em caso de condenação, seu proveito é revertido para fundos públicos (*reticus*: para a coletividade), de modo que a punição eficaz do ofensor não transfere patrimônio ao ofendido além do necessário à reparação completa do dano, atendendo-se, desta forma, o princípio da reparação integral.

REFERÊNCIAS

Referências doutrinárias

- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. São Paulo: Renovar, 5ª edição, 2003.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo, SP: Martin Claret, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CAHALLI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Valor de la vida humana**. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2012.
- GRIVOT, Débora Cristina Holembach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. *In* RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Org.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** – Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>, acesso em 03/12/2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, volume V, tomo II.
- _____ . **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana** – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 4ª edição, 2009.
- _____ . **Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004.
- MOREIRA, Fernando. CORREIA, Atalá. A fixação do dano moral e a pena. *In AUGUSTIM, Sérgio (Coord.)*. **Dano Moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, volume 1, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral** – Indenização no código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Referências jurisprudenciais

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 168945/SP, Terceira Turma do STJ, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, recurso julgado em 06/09/2001. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 03/12/2011.

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 839923/MG, Quarta Turma do STJ. Relator: Ministro Raul Araújo, recurso julgado em 15/05/2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 07/06/2012.
- DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. Recurso Cível 2010.04.1.008320-9, 3ª Turma Cível do TJ/DF. Relator: Alfeu Machado. Disponível em www.tjdf.jus.br. Acesso em 07/06/2012.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0702.07.346576-8/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Elias Camilo, Julgado em 20/08/2009. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 07/03/2012.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 1.0313.08.241154-4/001, Décima Quinta Câmara Cível do TJ/MG, Relator: Desembargador Tibúrcio Marques. Recurso julgado em 06/11/2008. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 05/12/2011.
- _____. Apelação Cível 1.0079.05.191436-8/001, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Tibúrcio Marques, recurso julgado em 01/11/2008. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 07/06/2012.
- RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0168800-71.20098.19.0001, Décima Sexta Câmara Cível do TJ/RJ. Relator: Lindolpho Morais Marinho, recurso julgado em 29/05/2012. Disponível em www.tjrj.jus.br. Acesso em 07/07/2012.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70044314839, Nona Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, recurso julgado em 28/11/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 03/12/2011.
- _____. Apelação e Reexame Necessário Nº 70010991073, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 24/08/2005. Disponível em www.tj.rs.jus.br. Acesso em 07/03/2012.
- _____. Apelação Cível Nº 70038836219, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/10/2010. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/03/2012.
- _____. Apelação Cível Nº 70039041421, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 30/03/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/03/2012.

- _____ . Apelação Cível Nº 70031672793, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 03/09/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 08/03/2012.
- _____ . Apelação Cível Nº 70030880611, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/12/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 07/06/2012.
- _____ . Apelação Cível nº 70047379953, Décima Segunda Câmara Cível do TJ/RS. Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 12/04/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 17/06/2012.
- _____ . Recurso Inominado nº 71003399854, Primeira Turma Recursal Cível do TJ/RS. Relator: Leandro Raul Klippel, julgado em 24/11/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 17/12/2011.
- _____ . Apelação Cível nº 70044333466, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Marinele Bonzanini, Julgado em 14/12/2011/. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 04/06/2012.
- _____ . Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70045784618, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 10/11/2011. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 04/06/2012.
- _____ . Apelação Cível 70049043730, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 05/06/2012. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 16/06/2012.
- SÃO PAULO. Tribunal De Justiça. Apelação Cível nº 0003277-06.2007.8.26.0543, 6ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, recurso julgado em 01/12/2011. Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 03/12/2011.
- _____ . Apelação Cível nº 9260476-86.2008.8.26.0000, Décima Quarta Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Relator: Thiago de Siqueira, recurso julgado em 14/12/2011, Disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 17/12/2011.
- SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2011.020123-5, Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de SC, Relator: Carlos Prudêncio, Julgado em 22/05/2012. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 04/06/2012.

Outras fontes pesquisadas

- Projeto de Lei 6.960/2002, de autoria do deputado Roberto Fiuza. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em 03/12/2011.
- Código Criminal de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 27/12/2011.
- Decisão do caso *BMW of North America v. Gore*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 20 de maio de 2006. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>.
- Código Civil Português. Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>. Acesso em 28/01/2012.
- Enunciados IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em www.deleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf. Acesso em 03/08/2012.
- Projeto de Lei do Senado 334/2008. Disponível em www.legis.senado.gov.br/mate-pdf/13971.pdf. Acesso em 09/03/2012.
- Comentários sobre o caso *Rookers x Barnard*. Disponível em <http://www.mjsol.co.uk/library/cases/child-abuse/rookes-barnard-1964-2/>. Acesso em 17/03/2012.
- Íntegra da decisão do caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*. Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>. Acesso em 18/03/2012.
- Íntegra da decisão do caso *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>. Acesso em 23/03/2012.
- Decisão do caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>. Acesso em 08/04/2012.