

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Daniel Lucas Leite Costa

**OS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO POR DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2015

DANIEL LUCAS LEITE COSTA

**OS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO POR DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Lisiane Feiten
Wingert Ody.

Porto Alegre

2015

DANIEL LUCAS LEITE COSTA

**OS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICAÇÃO NA INDENIZAÇÃO POR DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovado em 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Lisiane Feiten Wingert Ody
Orientadora

Professor Fabiano Menke

Professor Gerson Luiz Carlos Branco

*Minha mais profunda gratidão,
para a minha família, pois sem ela
nunca teria chegado aqui.*

*Para minha namorada Ceres, pois sem
seu companheirismo não teria forças
para continuar.*

*Para minha querida Professora
Lisiane, pois sem seus ensinamentos
não me guiaria para concluir esse
trabalho.*

RESUMO

A presente monografia constitui um estudo acerca da natureza da indenização dos danos extrapatrimoniais e de suas funções no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese a reparabilidade dos danos imateriais ser reconhecida pela doutrina, jurisprudência e inclusive por previsão constitucional, vislumbra-se uma extrema dificuldade na definição de indicadores que forneçam uma base para a sua quantificação. Nesse diapasão, observa-se na experiência anglo-americana dos *punitive damages* uma forma de se quantificar a indenização extrapatrimonial tendo como critério a conduta do agente e o seu grau de reprovação. No entanto, através de uma análise do instituto e da própria evolução do *Tort Law* nos países de *Common Law*, pode se perceber que a aplicação dos *punitive damages* corresponde a uma condenação de caráter tipicamente penal inserida no direito privado. Esses aspectos impossibilitam sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, porque são incongruentes com a função primordial da responsabilidade civil: a reparação do lesado para que ostente uma condição equivalente ao momento anterior ao evento danoso.

Palavras-chave: *Punitive damages, Direito Comparado, Responsabilidade Civil, dano extrapatrimonial.*

ABSTRACT

This thesis is a study about the nature of compensation of non-pecuniary damages and its functions on brazilian legal system. Although the reparability of these immaterial damages is totally admitted by doctrine and jurisprudence nowadays, including by constitucional prevision, it sees an extreme difficulty on the definition of indicatives that provide a legal base for its quantification. In this sense, it can be observed on anglo-american experience of punitive damages a way of quantifying compensation of a non-pecuniary damage taking as a parameter the conduct of the tortfeasor and its measure of reprovability. Otherwise, through an analysis of the mentioned institute and the evolution of Tort Law in the Common Law countries, it can be seen that the application of punitive damages corresponds to a criminal condensation inserted in private law. These aspects make impossible to introduce punitive damages in brazilian legal system, because they are incongruent with the primordial function of brazilian Tort Law: the restitution of the victim to be in an equivalent condition as the previous moment of the tort.

Key-words: *Punitive damages, Comparative Law, Tort Law, non-pecuniary damages.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 OS PUNITIVE DAMAGES NOS ESTADOS UNIDOS	16
1.1 A PUNIÇÃO NO <i>TORT LAW</i> : CASOS E APLICAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES.....	18
1.2 AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	30
2 A (IN)APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	37
2.1 O CARÁTER COMPENSATÓRIO E SATISFATIVO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	40
2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA DA COMPENSAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL E OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	47
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Desde a responsabilidade por danos no direito romano, verifica-se clara origem comum no que hoje se denomina de Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal. O nascimento da responsabilidade juridicamente reconhecida possui uma íntima relação com o gradativo distanciamento da hipótese de vingança privada para um provimento de ordem estatal.¹ Nesse diapasão, o surgimento da ideia de pena se deu como uma consequência da existência de um ato danoso cuja expiação se dava através de pagamento de determinada quantia em dinheiro. Tal pena evoluiu paulatinamente para o conceito atual de indenização, ainda que tal denominação não existisse no direito romano.²

A construção da responsabilidade civil moderna passa pela edificação de uma separação da responsabilidade ocasionada pela natureza do ilícito. Aquele ilícito que venha a ferir norma de direito público, ou seja, que ofende diretamente a sociedade, terá como consequência do ato danoso uma pena com o intuito de prevenir e penalizar a infração. De outra banda, quando o ilícito ferir norma de direito privado, atacando interesses particulares ou econômicos, o agente da conduta ilícita terá que indenizar a vítima. Aqui, a reação da sociedade se dá pela exigência de o autor reparar aquele que suportou o dano.³

Estabelecida a responsabilidade pelos danos, passa-se a vislumbrar duas formas em que se indeniza a vítima. A primeira delas, e a que possui maior relevância nessa monografia, faz referência à indenização pecuniária, que representa a mais costumeira forma de reparação nas lides. Assim, basta que exista culpa, mesmo que leve, para que haja o ato ilícito e a decorrente obrigação de indenizar, de forma mais ampla e completa possível, o evento danoso. Estabelece-se assim a cláusula geral da responsabilidade civil, qual seja, esta constitui uma instituição voltada à reparação dos danos pelo pagamento à vítima de uma indenização correspondente, em princípio, às perdas sofridas e aos ganhos de que ela foi privada.⁴

Por outro lado, tem-se a outra forma de reparar, que é a indenização *in natura*, que constitui a maneira mais adequada possível ao princípio de tornar um indivíduo indene, em que se devolve ao lesado exatamente o bem que foi retirado de seu arcabouço patrimonial.

¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 43.

² DEROUSSIN, David. **Histoire du droit des obligations**. Paris: Economica, 2007, pp. 644-645. *In*

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 44.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 2008. p. 8.

⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

Ainda que seja esta última a forma mais indicada de acordo com o que estabelece o norte da responsabilidade civil, cujo ideal é de reparar tão exatamente quanto possível ao estado anterior ao da ocorrência do ato ilícito, no que tange aos danos extrapatrimoniais, sua aplicação é considerada impossível, ou praticamente inviável.⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, nesse ponto, indica que o dano moral é reparado de forma específica, sendo o infrator condenado a prestar uma retificação que reconheça a honorabilidade do lesado, por exemplo. No entanto, vê-se que a condenação que busca reparar um dano imaterial é comumente representada por uma quantia em dinheiro a ser paga imediatamente, ainda que possa ser acompanhada de obrigações secundárias nas hipóteses de ofensa à honra do indivíduo.⁶

Quanto a essa espécie de dano, é necessário estabelecer, de plano, que, ainda que costumeiramente sejam chamados genericamente de dano moral, cabe salientar que este corresponde a uma das espécies do gênero dano extrapatrimonial em que se insere outros diversos tipos de dano, como, por exemplo, aqueles que ferem a personalidade e as ofensas à integridade física e mental.⁷ Ademais, quanto ao que significa o termo dano extrapatrimonial, este se entende como uma lesão que, direta ou indiretamente, sofre a pessoa física ou jurídica, bem assim como a coletividade, em todo seu arcabouço de bens jurídicos de ordem não econômica. Outrossim, salienta-se que casos de aborrecimentos banais e de mera sensibilidade exacerbada da vítima não podem servir como fundamento para a configuração de ilícito, sob pena de que se banalize o instituto.⁸

Fala-se em ilícito, uma vez que o âmbito da responsabilidade civil tratada nessa monografia, é marcadamente a extracontratual. Mesmo nos casos que envolvem relações de consumo, o dever de reparar aqui analisado decorre da violação de dever inculcado em lei e não de um inadimplemento de um negócio jurídico.⁹

Em que pese a massiva concordância jurisprudencial e doutrinária acerca da ressarcibilidade do dano extrapatrimonial, atualmente no Brasil, é interessante registrar que em

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 26. p. 34.

⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 704.

⁷ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83.

⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. pp. 91 e 92.

um passado nem tão distante não se havia esse entendimento.¹⁰ Tal posicionamento é bem revelador da opção, outrora em voga, do prestígio ao patrimônio em detrimento à pessoa, visão enraizada no conceito clássico do Direito Civil essencialmente patrimonialista.¹¹ A escusa para não se vislumbrar sua ressarcibilidade residia na impossibilidade de estabelecer qualquer equivalência entre o sofrimento e o dinheiro.¹²

De fato, não se pode afirmar que tal problema (da não equivalência entre o sofrimento e o dinheiro) ainda não atormenta magistrados e doutrinadores no momento de se quantificar a reparação extrapatrimonial. Hoje, como é consabido, há no ordenamento jurídico brasileiro expressa previsão legal acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial por previsão constitucional corroborada pelo Código Civil, porém inexistem critérios legalmente estabelecidos para sua efetiva reparação.

Passada a fase de sua irreparabilidade, passa-se a buscar a melhor forma de reparar o dano extrapatrimonial. Nesse diapasão, o próprio termo indenizar, tão vinculado à Responsabilidade Civil, torna-se inadequado, uma vez que é impossível, através das ferramentas jurídicas, tornar o indivíduo *in dene*, ou seja, recolocá-lo em sua condição imediatamente anterior ao cometimento do ilícito extrapatrimonial.¹³

Como forma de sanar essa aparente lacuna no Direito Civil brasileiro, vê-se uma tendência de buscar nas experiências estrangeiras maneiras de reparar os danos extrapatrimoniais. Tal fenômeno fez com que uma parcela da doutrina¹⁴ entendesse que a prática dos *punitive damages* poderia servir como um suporte para que se alcançasse um valor

¹⁰ BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22. Também nesse sentido: MATIELO, Fabrício Zamprogná. **Dano moral, dano material e reparação**. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1987. p. 43.

¹¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. pp. 172.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 70-75

¹³ BRAGA NETTO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴ Assim entendem Nelson Rosendal, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Severo e Caroline Vaz. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 193-195. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 209-214. SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 182-185. VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 97-102. Ademais, Maria Celina Bodin de Moraes também considera como adeptos ao caráter essencialmente punitivo da indenização, entre outros, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz e Clayton Reis. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 217-218.

que propiciasse uma compensação ao lesado, mas principalmente uma punição ao agente do ilícito que violou direito tão sensível e amplamente tutelado contemporaneamente.

Os *punitive damages*, também chamados de *exemplary damages* ou *vindictive damages*, constituem uma prática não compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta dolosa ou flagrantemente negligente e que sirva como prevenção para eventuais reiterações do ato pelo condenado ou por qualquer outro no futuro.¹⁵ Consoante será demonstrado posteriormente, os *punitive damages*, nos Estados Unidos, representam uma pena concedida pelo júri – órgão competente para os casos de *Tort Law* – diante de uma conduta tão ultrajante que a mera compensação (*compensatory damage*) se demonstra irrelevante face aos riscos de uma possível reiteração da conduta.

Trata-se de uma condenação tipicamente penal que ainda subsiste no âmbito privado dos países de *Common Law* por sua diferente evolução na área da responsabilidade – lá denominada de *Tort Law* - que até hoje entrelaça aspectos penais e civis. Isso porque se verificou que é dada notável atenção para a configuração de sua incidência pela conduta do agente patrocinador do dano. Aqui, não se busca encontrar uma quantia para que o lesado seja reparado, mas tão somente penalizar o demandado tendo em vista as características de sua conduta, como é o caso de uma negligência grosseira (*gross negligence*) por parte de um fornecedor que deliberadamente fornece um produto ao mercado demonstrando indiferença consciente em relação aos direitos, bem-estar e segurança do lesado e da coletividade.¹⁶

Aparentemente, vislumbra-se no instituto uma série de vantagens, entre elas a que mais se sobressai é a de seu caráter preventivo, pelo qual os agentes de atividades possivelmente danosas passariam a agir de forma cuidadosa para que não sejam condenados às importâncias punitivas. Tal aspecto ganha relevo em uma sociedade cada vez mais marcada por interesses mercadológicos e pela vulnerabilidade da população diante das grandes empresas.¹⁷

Para aqueles que defendem a introdução dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, entre eles notadamente Nelson Rosendal¹⁸, percebe-se uma clara intenção

¹⁵ CANE, Peter. **Atiyah's Accidents, Compensation and the Law**. Cambridge University Press, 2008. pp. 173-174.

¹⁶ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

¹⁷ STOLL, Hans. **International Encyclopedic of Comparative Law**. vol. 11, chapter 8. pp. 95-96.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

em proteger a coletividade através de cominações de penas civis que revolucionem a atividade compensatória da Responsabilidade Civil em favor de uma necessidade de se prestar uma efetiva tutela jurisdicional que aparentemente a via indenizatória não consegue tutelar. Nesse sentido, o citado autor afirma que acertadamente os Estados Unidos aplicam a pena civil como forma de inibir condutas análogas, e não indenizar o lesado. Sendo assim, deixa-se o dano e a vítima de lado, e a atenção da responsabilidade civil, ou no caso o *Tort Law*, passa a ser tão somente o comportamento do agente e o seu grau de reprovabilidade.

No entanto, o instituto não constitui uma prática bem aceita mesmo por toda a doutrina nos países anglo-americanos onde a sobreposição das esferas penais e civis é historicamente compreendida. Principalmente nos Estados Unidos, malgrado a tentativa de estabelecimento de critérios específicos que justifiquem a aplicação da indenização punitiva pela Suprema Corte Estadunidense, vê-se que na prática sua aplicação acaba se destoando em muito dos parâmetros definidos, em função do mal preparo dos jurados no momento do arbitramento que tendem a se apiedar da situação do lesado, face à pujança econômica das empresas. Assim, o instituto passa a chancelar demandas de marcado teor arrecadatório que inclusive concederam o nome aos *punitive damages* de *smart money*.¹⁹

Assim, a transposição do mencionado instituto como uma indenização punitiva que, de fato, deveria ser chamada de pena civil, pois em nada indeniza o lesado, mas sim apenas estabelece pena ao lesante, necessita ser analisada sob um viés do Direito Penal cujo um dos princípios basilares é o da legalidade, pelo qual inexistente a possibilidade de cominação de pena sem prévia autorização legal. Nesse sentido, erige-se o primeiro óbice à importação do instituto ao ordenamento nacional, visto que a Constituição é clara ao estabelecer que o dano moral é somente indenizável.²⁰

De outra banda, doutrinariamente e jurisprudencialmente vem se admitindo e aplicando um caráter punitivo na fixação do *quantum* indenizatório dos danos

¹⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 115-117.

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

extrapatrimoniais no Brasil.²¹ Salienta-se que tal faceta não confirma a existência da prática de *punitive damages* e nem serve de fundamento para a introdução deste. A punição inserida na compensação extrapatrimonial decorre de uma construção para que se consiga equitativamente determinar um valor a um dano iliquidável. Tenta-se, a partir de uma base média dos valores estipulados para a compensação de determinado bem jurídico violado, acrescer ou reduzir o valor da condenação. Inegável que tal ponderação leva em conta a conduta do agente o que se aproxima de alguma forma do que é visto na determinação de penas criminais e na própria prática anglo-americana dos *punitive damages*. No entanto, essa faceta não pode fugir do princípio da reparação integral, que constitui a essência da Responsabilidade Civil, ao passo que, consoante lição do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, o valor da indenização, na medida do possível, sem perder sua natureza satisfatória, face à impossibilidade de sua perfeita compensação, deve guardar correspondência com a extensão da ofensa ao interesse lesado, para que não se permitam incongruências entre julgados diante de danos de mesma natureza.²² Ademais, tal quantificação majorada ou minorada pela conduta do agente está plenamente de acordo com o previsto pelo art. 944, parágrafo único, do Código Civil.²³

A condenação em verbas totalmente descontraídas com a extensão do dano repercute em um enriquecimento do lesado que não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário - tal fenômeno também é criticado nos Estados Unidos pela prática dos *punitive damages* e é chamado de *overcompensation*. A responsabilidade civil não se presta a servir como uma fonte de enriquecimento de qualquer que seja a parte, aliás o Poder Judiciário não é meio para o enriquecimento dos litigantes. Assim, mesmo que se conceda uma verba superior em nome de uma importante demanda que será proveitosa para a comunidade, não há justificativa para que apenas uma pessoa seja beneficiada se a possibilidade de dano ou o próprio dano ocorreu em detrimento da coletividade.

Soluciona-se esse problema de defesa dos interesses transindividuais no ordenamento jurídico nacional pela Ação Civil Pública que concede a determinadas instituições uma

²¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. pp. 391-392.

²² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 720. Também nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 39-40.

²³ 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, jan./mar. 2005. p. 23. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

legitimidade para demandar em nome da sociedade. Resolve-se assim o receio de que práticas abusivas e danosas restem sem ser reparadas ou que inexista alguma ação para que não ocorram. Afasta-se, dessa forma, qualquer possibilidade ou mesmo necessidade de que um indivíduo afaça valores em nome da sociedade. Acresce-se a isso o fato de que os valores pagos como indenização nas ações civis públicas são encaminhados para fundos públicos que visam a proteger e reparar interesses coletivos e difusos. Por conseguinte, vê-se aqui uma maior efetividade jurisdicional do que na imposição de penas civis como os *punitive damages*, em que, na grande maioria das vezes, o único beneficiado e “sobre-indenizado” é o particular que demandou.

Destarte, a presente monografia passa a analisar, através do método funcional inaugurado por Ernst Rabel e desenvolvido por Zweigert e Kötz²⁴, as características do instituto dos *punitive damages* e suas hipóteses de aplicação para, em um segundo momento, estudar, através da perspectiva brasileira, o que é entendido como o papel da Responsabilidade Civil. Por conseguinte, busca-se comparar a indenização dos danos extrapatrimoniais no Brasil com a experiência dos *punitive damages*, através de suas funções ainda que possuam naturezas diversas, como será visto.

Assim, ainda que o Direito Comparado represente importante ferramenta para que se construa uma comunidade global mais interligada e que usufrua de um Direito mais homogêneo, é necessário respeitar e entender as diversas culturas jurídicas e suas evoluções históricas para que não se utilize de forma equivocada as ferramentas estrangeiras face ao ordenamento pátrio e ao próprio ordenamento estrangeiro.²⁵ Nesse diapasão, demonstra-se ser imprescindível que, conjuntamente ao método funcional desenvolvido por Ernst Rabel, seja utilizado o método complementar cultural, pois é necessário compreender o Direito sob um contexto histórico e culturalmente inserido em uma sociedade.²⁶

Destarte, como será visto, os *punitive damages* constituem um exemplo da equivocada tentativa de transposição, porquanto sua aplicação no Brasil não observa

²⁴ CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito. Unisinos - São Leopoldo. v.6, n.2, jul. /set., 2014. p. 178. Disponível em:

<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/479>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

²⁵ 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, jan./mar. 2005. p. 16. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

²⁶ CURY, *op. cit.*, p. 181.

elementos básicos do sistema jurídico nacional, consoante extensamente demonstrado a seguir. Outrossim, não possuem qualquer ligação com o reconhecimento da doutrina e da jurisprudência de um caráter punitivo reflexo manifestado por um elemento concretizante²⁷ da compensação extrapatrimonial.²⁸

Nesse sentido, no primeiro capítulo, abordar-se-á a configuração do que se trata os *punitive damages*, suas hipóteses de aplicação e evolução histórica, através de casos. Também nesse momento inicial, será tratado acerca das críticas na aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico estadunidense. Vencida a etapa de contextualização e identificação do instituto, passar-se-á a um estudo acerca da Responsabilidade Civil no Brasil, mormente no que tange à função da reparação dos danos extrapatrimoniais, fazendo-se assim, um estudo crítico acerca da compatibilidade da inserção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 290.

²⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 393

1 OS PUNITIVE DAMAGES NOS ESTADOS UNIDOS

A literatura jurídica nacional muitas vezes entende como *punitive damages* um aspecto meramente de função punitiva inserido na indenização. Porém, cumpre especificar, de plano, que o mencionado instituto, em que pese obviamente ostente um caráter punitivo, traz em si não uma intenção meramente indenizatória, mas sim uma “sobre-indenização” arbitrada de forma além e apartada dos limites da extensão do dano. Portanto, a prática em tela do *common law* não possui o escopo de quantificar a recomposição do dano, mas sim de definir um valor para exclusivamente punir o ofensor em razão de sua motivação, ou da reiteração da conduta, para servir como desestímulo a ele próprio e à generalidade das pessoas ao cometimento de condutas semelhantes.²⁹

Nesse diapasão, é claro identificar nos *punitive damages* um teor notadamente de pena civil, no qual o foco passa a ser identificar a conduta do *wrongdoer* (ofensor).³⁰ Tem-se aqui uma ótica muito mais próxima ao Direito Penal, em que mais se busca quantificar a punição com base em aspectos da conduta e da figura do agente do que compensar o agravado, consoante aplicado comumente nos países de família romano-germânica. Tal sobreposição de atuações de ramos do Direito possui origem no Direito Romano, em que a ausência de uma clara separação entre responsabilidade penal e civil permitia a confluência de decisões em que as penas privadas não possuíam qualquer tipo de quantificação alicerçada na extensão do dano.

Os países de *Civil Law*, desde a assunção do Código Civil Francês, tendem a uma rigorosa separação de competências dos ramos de atuação da responsabilidade civil e penal, consonante a atividade legislativa inerente a essa família jurídica. Entende-se que a pena civil corresponde a um resquício da barbárie, tendo sido paulatinamente abandonada.³¹ Nessa seara, identifica-se que a responsabilidade civil, para os países continentais, tende a assumir um papel funcional de reestabelecimento de uma situação pretérita e tem como objeto a vítima e o dano. De outra banda, a responsabilidade penal pressupõe uma conduta tipificada e a possibilidade de imputar esse crime ao agente. Destarte, nesta última, nota-se como protagonistas a conduta e a pessoa praticante do ilícito, tendo como função a manutenção da

²⁹ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97 *et seq.*

³⁰ STOLL, Hans. **International Encyclopedia of Comparative Law**. vol. 11, chapter 8. pp. 95-96.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

paz social e a segurança pública. O alcance da responsabilidade penal, assim, é marcadamente coletivo em contraponto ao da tutela do particular da responsabilidade civil.³²

Por outro lado, percebe-se no *Common Law*, por meio de decisões que remontam a 1278, no *Statute of Concester*, da Inglaterra, a possibilidade de impor ao autor do dano uma reparação equivalente a um múltiplo do valor dos prejuízos sofridos pela vítima.³³ Vê-se aqui a intenção de preservar a admissibilidade de condenações que encerram um caráter de sanção e não só o de compensação (ou *compensatory damages*), estes consonantes à ideia continental de atuação da responsabilidade civil exposta ulteriormente.

Vê-se atualmente, na prática norte-americana, a crescente utilização dos *punitive damages* e uma exorbitante majoração do *quantum* arbitrado a título de condenação punitiva, especialmente no tocante à indenização de ilícitos na esfera extrapatrimonial. Porém, como será mais detalhadamente exposto nesta monografia, trata-se de um instituto de aplicação limitada a casos específicos e não corresponde a um direito da vítima do dano, mas sim um reconhecimento discricionário do júri, mormente em casos em que se vislumbre dolo, malícia, fraude ou, pelo menos, culpa grave, não sendo compatível com uma negligência simples.³⁴

Pode se vislumbrar que os *punitive damages* consistem em uma prestação em dinheiro intencionalmente superior à extensão do dano, concedida pelo júri quando observada a excepcionalidade do caso e as minúcias da conduta do agente do ilícito. Essa quantia possui os escopos de punir (*punishment*) o infrator e de servir como prevenção (*deterrence*) da reincidência do ilícito, opondo-se àquela experiência continental da função reparatória de tornar indene a parte lesada cuja existência também ocorre nos países de família anglo-saxônica pelo *compensatory damages*.³⁵

Portanto, este capítulo inicial, em um primeiro momento, busca realizar uma definição do que são os *punitive damages* e estudar em que hipóteses são admissíveis na experiência

³² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 392.

³³ 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, jan./mar. 2005. p. 16. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015. Também nesse sentido: VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71. Também nesse sentido: CANE, Peter. **Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law**. Cambridge University Press, 2008. pp. 173 - 174.

³⁵ MARTINS-COSTA e PARGENDLER, *op. cit.*, p.16.

dos Estados Unidos. Em um segundo momento, passa-se a uma análise das principais controvérsias do instituto por uma ótica das consequências fáticas de sua aplicação.

1.1 A PUNIÇÃO NO *TORT LAW*: CASOS E APLICAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES.

A *Tort Law* constitui um campo do Direito Civil que se debruça na regulação das condutas que interferem na incolumidade privada dos indivíduos, seja pelo viés dos direitos de personalidade, dos direitos de propriedade ou ainda de direitos comerciais. Ainda que se observe como o objetivo desse ramo do Direito a compensação, a não recente aplicação dos *punitive damages* encerra uma admissibilidade de punir e de dissuadir um agente infrator, diversamente daquilo que normalmente se vê no campo da Responsabilidade Civil nos países de tradição romano-germânica.

A ideia de punição nos sistemas legais modernos tem como alicerce uma diferenciação entre a retribuição do dano e a punição do infrator. Enquanto a reparação é tarefa do direito privado, a punição, como regra, é prevista por uma norma de direito público a ser imposta ao infrator em acordo com o arcabouço jurídico criminal. Contudo, uma análise das decisões das Cortes inglesas e americanas demonstra que há uma clara confusão entre as funções punitivas e compensatórias.³⁶

Percebe-se que o *punitive damages*, na prática norte-americana e inglesa, tem aplicabilidade em casos de flagrante humilhação, permeando o ato ilícito. Esse elemento ultrajante fica notadamente identificável quando se pode atestar a intenção e a malícia em desconsiderar os direitos da vítima. Não se pode afastar, contudo, a incidência da indenização punitiva de casos em que o transgressor tenha agido com descuido ou grave negligência, desde que presente uma conduta que seja considerada hostil à ordem legal ou descuido consciente que coloque terceiros em risco. Não há que se falar, entretanto, na possibilidade de punição em função de mero erro ou imperícia do agente.³⁷ Nos Estados Unidos, tem-se como exemplo desses descuidos conscientes passíveis de incidência do *punitive damages* os casos

³⁶ 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, jan./mar. 2005. p. 16. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

³⁷ STOLL, Hans. **International Encyclopaedia of Comparative Law.** vol. 11, chapter 8. p. 100.

dos acidentes em estradas envolvendo motoristas alcoolizados. A responsabilidade desses indivíduos foi majorada por um aumento nas quantias pagas às vítimas inocentes, o que corresponde a uma intenção de desencorajar a atitude por outros motoristas. Nesse sentido, a atuação do júri, instituição quase sempre utilizada em demandas de responsabilidade civil e que goza de grande respeitabilidade para decidir questões importantes, desempenha a atividade central de definir até que ponto o descuido se afastou do *standard* de cuidado esperado a uma pessoa normal. Nesse sentido, Peter Cane, ao definir os *punitive damages* afirma que estes são uma reação por parte do júri diante de uma conduta severamente repugnante aos jurados:

Essas condenações são notadamente determinadas para expressar a desaprovação da Corte diante do ilícito cometido pelo agente. Na indenização punitiva não há qualquer componente ou função compensatória, mas sim corresponde a um adicional ao *compensatory damages*. Eles são aplicáveis unicamente em um limitado número de circunstâncias. Para o propósito desta obra, a única situação que é possível a incidência dos *punitive damages* é quando o infrator age deliberadamente sem cuidado com a segurança ou saúde do demandante com o escopo, por exemplo, de poupar gastos. (tradução do autor)³⁸

Ainda que a aplicabilidade dos *punitive damages* não fique confinada a nenhum tipo de dano específico, há de se reconhecer a massiva incidência do instituto em danos que atinjam a esfera extrapatrimonial do indivíduo. Já em 1763, no caso *Huckle v. Money*³⁹ em que um tipógrafo foi preso sem motivo, tendo este indivíduo permanecido no cárcere por seis horas, observou-se que, diante da ilicitude do aprisionamento, foi concedido ao preso uma soma de trezentas libras excedentes ao dano efetivamente sofrido. Por conseguinte, já se pode notar que algumas cortes inglesas condenavam os infratores em grandes somas de dinheiro como forma de compensar o sofrimento mental e o dano à dignidade.⁴⁰

³⁸ *Such damages are expressly designed to express the court's disapproval of what the wrongdoer has done and have no compensatory component or function but are additional to compensatory damages. They are available only in a limited range of circumstances. For our purposes the only the only situation of importance in which punitive damages might be available is where a tortfeasor has acted with deliberated disregard for the safety or health of the claimant in order, for example, to save money. In CANE, Peter. Atiyah's Accidents, Compensation and the Law. Cambridge University Press, 2008. pp. 173-174.*

³⁹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

⁴⁰ 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, jan. /mar. 2005. p. 16. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

Em relação aos ilícitos contra à reputação de uma pessoa, assevera Paulo de Tarso Sanseverino através de um precedente emblemático:

Em 1794, a *Supreme Court of USA*, no julgamento *Gertz v. Sullivan*, estabeleceu alguns princípios para os casos de atentados à reputação de uma pessoa, afirmando que, considerando que a *common law* exige apenas culpa nas hipóteses de difamação, e a Constituição a regula quando cometida pelos meios de comunicação de massa, deve-se distinguir a natureza da pessoa ofendida para a concessão da indenização pelos danos efetivamente sofridos e pelos *punitive damages*: tratando-se de funcionário ou personalidade pública deve ser comprovado o dolo (*actual malice*) do agente ofensor para o recebimento tanto da indenização pelos danos sofridos, como pelos *punitive damages*, enquanto se for um particular o ofendido (*private figure*), basta a prova da culpa para receber indenização pelos danos sofridos, exigindo-se o dolo para os *punitive damages*.

No entanto, face o caráter majoritariamente econômico dos *punitive damages*, há uma grande relutância nas cortes americanas em admitir sua aplicação em casos que envolvam relações domésticas. A má aplicação dessa espécie de indenização em situações envolvendo quebra de promessa de casamento e adultério, por exemplo, levaram, em alguns estados do país, a legislação específica onde se limitou o *quantum* indenizatório ao tamanho da perda no âmbito desses danos domésticos.

De outra banda, em função do método de precedentes inerente ao sistema do *Common Law*, não é possível reduzir os *punitive damages* a um propósito legal específico. Diversas funções coexistem na aplicação dos *punitive damages*. Como esperado, a função primária do instituto é a punição do infrator, ou seja, fazer com que ele expie seu ato e previna a repetição do feito por ele ou por outros. O instituto legal do *exemplary damages*, nome também dado ao *punitive damages*, também possui a finalidade de mitigar os eventuais lucros auferidos como consequência da infração, independentemente de qualquer perda sofrida pela vítima, pois assim “o infrator será ensinado que o ilícito não compensa”.⁴¹

Certamente, os *punitive damages* não só punem o malfeitor, mas beneficiam a vítima, como forma de consolar esta última. Essa função é nitidamente vinculada à compensação pelas perdas extrapatrimoniais.⁴² De fato, nessa seara, importa expor que já há muitos anos se

⁴¹ STOLL, Hans. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 11, chapter 8. p. 101.

⁴² CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge University Press, 2008. pp. 173-174.

reconhece a possibilidade da reparação por danos extrapatrimoniais nos países do *Common Law*, diversamente do que experimentado no ordenamento jurídico brasileiro em que só com a Constituição de 1988 houve previsão da tutela dos danos à personalidade, o que encerrou diversos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.⁴³ Vislumbra-se, na experiência anglo-saxônica, o reconhecimento do dever de reparar conjuntamente a utilização dos *punitive damages* em dano extrapatrimonial no caso *Russel vs. Corne*, datado de 1704, em que o patrão foi condenado a indenizar sua funcionária em decorrência de assédio sexual.⁴⁴

Para a quantificação dos *punitive damages*, é levada em conta a integralidade da conduta do infrator⁴⁵ - seu montante terá como balizas a condição econômica do agente do ilícito, a gravidade da ofensa e se o infrator poderia ter evitado o dano, tendo como escopo primordial retirar qualquer tipo de lucro alcançado em decorrência da prática do ilícito. Exsurge como exemplo o caso *Liebeck vs. McDonald's*, em que Stella Liebeck, uma senhora de 79 anos, teve queimaduras ao derramar café quente, que havia acabado de comprar em um estabelecimento da empresa.⁴⁶ Percebe-se claramente que a indenização arbitrada em 480 mil dólares levou em consideração o porte multinacional da empresa, além do fato da total indiferença perante as diversas reclamações de clientes acerca da excessiva temperatura da bebida.

Recentemente, porém, diante de vários excessos na utilização do instituto em análise, a *Supreme Court* buscou elaborar parâmetros mais claros para as hipóteses de fixação dos *punitive damages*. Esses parâmetros foram erigidos no julgamento do caso *BMW of North America, Inc vs. Gore (1996)*⁴⁷, os quais podem ser elencados, conforme exposto por Judith

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 220-224.

⁴⁴ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 115-117.

⁴⁵ STOLL, Hans. **International Encyclopedica of Comparative Law**. vol. 11, chapter 8. p. 102.

⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 229-232. A autora relata detalhes do caso *Liebeck vs. McDonald's Restaurants*, na qual a cliente foi indenizada no valor de 480 mil dólares, decorrentes de arbitramento de *punitive damages*. O reconhecido dano ocorreu quando a demandante dirigia o seu carro e tentava abrir a tampa do café que acabara de comprar. Nesse momento, estando o café no meio de sua perna, o café derramou, o que ocasionou queimaduras por toda a região da coxa e nádegas. A queimadura foi tamanha que a consumidora permaneceu hospitalizada por uma semana. O grande detalhe desse caso que levou ao caráter punitivo da indenização, foi o elevado número de reclamações de consumidores sobre a temperatura anormalmente elevada do café da empresa de alimentos as quais não ocasionou em nenhuma mudança na atitude da empresa. Destaca-se que se a bebida não estivesse em 170°, mas sim em 160° os danos teriam sido bem menores e o tempo para que ocorresse uma queimadura da gravidade que sofreu a cliente teria sido aumentada de 3,5 segundos para 8 segundos.

⁴⁷ 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, jan./mar. 2005,

Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: (i) grau de reprovabilidade da conduta do réu para considerar qual foi o grau de repreensão da conduta, tendo como parâmetros se o prejuízo provocado atingiu esfera material ou imaterial, se o ato foi revestido por total indiferença ou desconsideração dos riscos de danos às vítimas em potencial, se a vítima possui uma condição hipossuficiente, seja no aspecto informacional ou financeiro e se o dano foi consequência de uma ação dolosa ou fraudulenta; (ii) disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*; (iii) diferença entre os *punitive damages* e as multas impostas em casos semelhantes.

Outrossim, Nelson Rosenvald, no caso *supra*, observa a definição de princípios para aplicação dos *punitive damages* que estejam de acordo com as Emendas Constitucionais norte-americanas de nº VIII e XIV.⁴⁸ Segundo o autor, no mesmo precedente referido acima, a Corte Suprema passou a indicar os seguintes princípios como autorizadores de imposição da indenização punitiva: (i) a não contrariedade da figura com princípios constitucionais; (ii) a depuração do excesso dos danos punitivos quando o seu montante se mostrar gravemente excessivo em relação aos interesses legítimos que a punição e desestímulo objetivam realizar na espécie, violando os requisitos de razoabilidade e proporcionalidade que afrontam o *Due Process Clause*.⁴⁹ Quanto a este mesmo precedente, Caroline Vaz sistematiza as condições *sine qua non* são admissíveis o arbitramento dos *punitive damages*:

- a) grau de reprovabilidade da conduta do agente.
- b) a proporcionalidade entre os *punitive damages* e a *compensatory damages* (reparação)

p. 19. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015. As autoras narram o caso que provocou um posicionamento da Suprema Corte Norte-Americana em que o consumidor (Ira Gore Junior) comprou um automóvel BMW novo, em 1900, tendo constatado, nove meses depois que algumas partes foram repintadas, pois o veículo havia sido atingido por chuva ácida no transporte da Alemanha para os Estados Unidos. Diante da omissão de informação relevante, moveu demanda indenizatória contra o distribuidor americano da BMW, postulando a quantia de quatro mil dólares pela depreciação do veículo e mil vezes esse montante a título de *punitive damages* (quatro milhões de dólares), o que foi acolhido pelo júri do tribunal de Birmingham. Houve a redução da indenização pela Suprema Corte do Estado de Alabama para dois milhões de dólares, ensejando novo recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que acolheu para padronizar as características das indenizações punitivas constitucionalmente exageradas.

⁴⁸ Emenda Constitucional VIII impede a imposição de multas excessivas; Emenda Constitucional XIV proíbe que qualquer pessoa seja da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal. Indicações constantes em: ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

⁴⁹ 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, jan./mar. 2005. p. 19. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em: 25 ago. 2015.

c) Previsão normativa de pena para os ilícitos similares.⁵⁰

Implica salientar que esses princípios, notadamente os que tratam da conduta do agente e do seu produto, estão inseridos dentro de uma aplicação tipicamente penal do ordenamento jurídico estadunidense e também estão latentemente vinculados aos *punitive damages*, mesmo que estes estejam inseridos no campo de sanções do *private law*. Pode-se concluir, portanto, que a aplicação é condicionada aos mesmos preceitos constitucionais das decisões criminais. Isso representa uma busca na moderação no estabelecimento do *quantum*, tendo como referenciais a adequação dos valores ao escopo de desestímulo e a aplicação apenas em casos de extrema gravidade em que os *compensatory damages* sejam insuficientes para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

A partir da redução na discricionariedade dos júris na fixação dos *punitive damages*, através da decisão da *Supreme Court* no caso *BMW of North America, Inc. vs. Gore*, verifica-se que a prática desenfredda dos *exemplary damages* vem sofrendo reveses. Como exemplo de casos em que houve condenações a título de *punitive damages* norteados por limites legais e jurisprudenciais, ainda que anteriores ao citado precedente, pode-se citar os casos *Cooper Industries, Inc vs. Leatherman Tool Group, Inc*⁵¹, *Ford Corporation vs. Grimshaw*⁵², *Texaco vs. Pennzoil*⁵³, *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc vs. Kelco disposal Inc*⁵⁴, *Pacific*

⁵⁰ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

⁵¹O caso trata de demanda movida pela empresa Leatherman Tool Group Inc, fabricante de uma ferramenta multifuncional que aprimora as funcionalidades do canivete. A demandada, Cooper Industries, Inc. –concorrente da autora – utilizou fotografia de uma versão modificada do produto da requerente em material publicitário. Assim, a demandante ingressou em juízo pelas violações ao *Trademark Act*. O júri concedeu US\$ 50.000 dólares em *compensatory damages* e US\$ 4,5 milhões em *punitive damages*. Segundo a opinião majoritária da Suprema Corte, em decisão surpreendente, a Corte de apelação entendeu que deveria apreciar a decisão do júri novamente, segundo os critérios indicados no caso *BMW vs. Gore*. In: 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, jan./mar. 2005. p. 28. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁵² Em decorrência de um acidente automobilístico, o veículo produzido pela Ford veio a explodir, o que ocasionou a morte dos seus três ocupantes. Após análise técnica, descobriu-se que a explosão ocorreu, pois o tanque havia sido colocado na parte traseira do carro. Essa opção estrutural foi realizada para que houvesse uma economia de 15 dólares por carro produzido, malgrado os eventuais riscos do local de instalação. Presente a malícia por parte da empresa em deliberadamente posicionar o tanque em local sabidamente impróprio, ficou satisfeita a condição para a imposição de quantia a título *punitive damages* que foi naturalmente fixada pelo júri. No caso em tela, a questão da malícia da empresa em preferir ressarcir eventuais danos do que instalar o tanque no local apropriado e seguro e os lucros decorrentes dessa conduta foram fundamentais para que ficasse nítida a incidência dos *punitive damages*. In: VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 55.

⁵³ Caso em que foi arbitrada uma das maiores indenizações da Suprema Corte Estadunidense, pelos *compensatory damages* 7, 53 bilhões de dólares acrescidos de 1 bilhão de dólares por indenização punitiva a

*Mutual Life Insurance vs. Haslip*⁵⁵, *TXO Production Corp vs. Alliance Resources Corp*⁵⁶ e *Honda Motors Corp vs. Karl Oberg*⁵⁷.

Pode se perceber, através desses seis casos, que os *punitives damages* não possuem aplicação genérica e nem representam uma unanimidade em sua aplicação desenfreada pelos júris e Cortes norte-americanas. Apresentam-se, claramente, critérios constitucionais para a sua aplicação e situações fáticas que justificam a sua imposição.

Da observação dos casos, pode-se elencar e minuciar as situações em que há entendimento da Suprema Corte para a aplicação dos *exemplary damages*. Cita-se, por início, as situações de grosseira negligência (*gross negligence*), como, por exemplo, no caso *Ford v.*

serem pagos pela Texaco em favor da Pennzoil. O direito de indenização foi reconhecido pela conduta maliciosa da Texaco em se imiscuir nas tratativas da Pennzoil e Sarah C. Getty Trust em ser os únicos acionistas da Getty Oil pelo valor acionário de 110 dólares. A Texaco ilicitamente interferiu nessa aquisição de ações ao oferecer 128 dólares por cada ação, tal proposta foi aceita pela Getty Oil gerando flagrante prejuízo para a Pennzoil. In: 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, jan./mar. 2005. p. 20. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em: 25 de ago.2015.

⁵⁴ Browning-Ferris Industries of Vermont prevendo o crescimento de outra empresa concorrente, a Kelco, começou a manipular o mercado para tentar manter seu monopólio. Essa conduta foi enquadrada com ensejadora de responsabilidade civil, uma vez que apresentava uma interferência entre relações contratuais. A conduta deliberadamente maliciosa de causa dano na concorrente gerou a obrigação de indenizar soma de 6 milhões de dólares de *exemplary damages*. In: VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 55.

⁵⁵ Um dos agentes de seguro vinculados à Pacific Mutual Life entabulou contrato aleatório. Ocorrido o sinistro, o segurado pagou a franquia, mas não recebeu o seguro. Nesse caso, tanto o agente de seguros que maliciosamente contratou serviço não ofertado por sua empresa, quanto a empresa – considerada responsável pelo princípio respondeat superior – foram condenados ao pagamento de *punitive damages*. In: MARTINS-COSTA, PARGENDLER, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶ As litigantes firmaram em 1985 um acordo para a exploração de petróleo. O acordo era basicamente um contrato de arrendamento na qual a TXO pagaria para a Alliance uma compensação pela extração petrolífera de uma região arrendada para esta última, acrescido de 22% dos royalties sobre o valor obtido com a atividade extrativa. Vislumbra-se, portanto, um grande benefício financeiro para a Alliance. Como cláusula resolutiva do contrato de concessão, havia o surgimento de qualquer ônus que viesse a gravar o título imobiliário da área concedida ou verificação de que a Alliance não possuía a plenitude dos direitos cedidos à TXO. No entanto, na execução do avenço, a TXO passou adotar uma interpretação flagrantemente favorável a si em prejuízo a Alliance. Acionada a Suprema Corte, esta condenou a TXO a ressarcir por *compensatory damages* no montante de 19 mil dólares, acrescidos de indenização punitiva no valor de 10 milhões de dólares decorrentes da manifesta má-fé contratual que propiciou vantagem econômica. Essa vantagem econômica foi um dos parâmetros considerados para que houvesse a fixação dos *punitive damages*. In: *ibidem*, p. 20.

⁵⁷ Trata-se do primeiro caso em que a Suprema Corte norte-americana anulou uma decisão de órgão de instância inferior, tendo sido invocado a cláusula do devido processo legal. De acordo com a Suprema Corte, houve flagrante violação da Emenda Constitucional de nº 14, a qual previu literalmente o direito de propriedade. Essa violação decorreu de condenação a título de *compensatory damages* no valor de 1 milhão de dólares adicionados de uma condenação em 5 milhões de dólares por indenização punitiva. Tal condenação, na inteligência da Suprema Corte, representaria um perigoso risco de reiterações de decisões notadamente abusivas que consideram apenas o grau de solvência dos réus e não uma proporcionalidade na imposição do *punitive damages*. In: *ibidem*, pp. 20-21.

Grimshaw, em que a indiferença consciente restou demonstrada pela conduta da empresa automobilística em intencionalmente manter a colocação do tanque, colocando em sabido risco seus consumidores. Fala-se aqui de uma negligência grosseira em que da prova dos fatos, presume-se a total indiferença do lesante. Somente essa patente indiferença faz admitir a aplicação de *punitive damages*, em contraponto a uma negligência ordinária (*ordinary negligence*) em que não se percebe o descaso com os direitos do lesado. Essa diferenciação entre as qualidades de negligência e a possibilidade de aplicação da indenização punitiva origina-se de decisão do Supremo Tribunal do Texas, da qual se transcreve trecho acerca da espécie de negligência que serve de substrato para a aplicação dos *punitive damages*.

O autor deve demonstrar que o requerido estava consciente, sabendo e indiferente dos direitos, bem-estar e segurança do requerente. Em outras palavras, o demandante deve evidenciar que o demandado sabia dos riscos, porém suas ações e/ou omissões demonstram que este não se importa. Essa conduta pode ser tanto passiva, quanto ativa. [...] o a intenção psíquica pode ser inferida pelas ações. Todas as ações ou circunstâncias que indiquem uma condição psíquica do infrator patentemente indiferente, deve ser examinada sob uma ótica de tentar se comprovar a existência de negligência grosseira.⁵⁸

Essas situações de grave negligência também ocorrem na seara dos erros médicos. Nesses casos, o paciente precisa comprovar que os profissionais da saúde realizaram procedimentos fraudulentos, como, por exemplo, a realização de operação sem o consentimento do operado, ou este não tendo as devidas informações acerca do procedimento a ser realizado e de suas consequências.

Semelhantemente, nos casos de acidente do trabalho, sobrevivendo morte, foi reconhecido o direito de recebimento de valores a título de prestação punitiva decorrentes de grave negligência do empregador, sustentada pela responsabilidade do empregador nos danos decorrentes dos acidentes laborais.

⁵⁸ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 53. Trecho original: “*The plaintiff must show that the defendant was consciously, i.e., knowingly, indifferent to his rights, welfare and safety. In other words, the plaintiff must show that the defendant knew about the peril, but his actions or omissions demonstrated that he didn’t care. Such conduct can be active or passive in nature. [...] a mental state may be inferred from actions. All actions or circumstances indicating a state of mind amounting to a conscious indifference must be examined in deciding if there is some evidence of gross negligence.*”

Dentre os casos acima elencados, especialmente *Texaco v. Pennzoil*, *Pacific Mutual Life v. Haslip* e *TXO Production Corp v. Alliance Resources Corp.*, nota-se a aplicação dos *punitive damages* em decorrência de quebra de contratos. Cabe salientar que, *a priori*, segundo o *Restatement of Contracts § 355 (1981)*, a seara contratual não se coadunaria com condenações punitivas. No entanto, caso sea comprovado que, em decorrência da rescisão contratual, sobrevenham situações abarcadas pela responsabilidade civil (*Tort Law*), a jurisprudência estadunidense já entendeu a possibilidade de condenação em indenizações punitivas em casos envolvendo malícia entre os contratantes (*TXO Production Corp v. Alliance*), contratos de seguros (*Pacific Mutual Life v. Haslip*) e de concorrência desleal (*Texaco v. Pennzoil*). Nos casos envolvendo contrato, para que haja a incidência dos *punitive damages*, necessita-se da existência do caráter subjetivo, para que subsista o ilícito (*tort*) passível de punição. Fala-se aqui de um comportamento notadamente culposos pelo inadimplente parcial ou total que o torne ofensor. Casos envolvendo seguradoras constituem exemplo claro da possibilidade de imposição de condenação punitiva inserida no *Tort Law*, consoante narração do caso *Pacific Mutual Life v. Haslip*, em que a conduta do agente da seguradora marcadamente fraudulenta permitiu que o segurado fosse levado a contratar e ainda pagando a franquia, sem que houvesse de fato o serviço de seguro disponibilizado pela companhia. Demonstra-se a incidência dos *punitive damages* em casos de contrato de seguro, que comumente são contraídos na modalidade de adesão, onde a disparidade informacional e financeira entre os contratantes é considerável, o que permite a ocorrência de violações. Essa disparidade negocial – no Brasil chamada de vulnerabilidade – justifica a aplicação da indenização punitiva como uma espécie de tutela reforçada aos segurados (*the little guy*) frente aos interesses econômicos das seguradoras (*the big guy*).⁵⁹

No caso *Browing-Ferris vs. Kelco Disposal*, vê-se que houve condenação em verbas punitivas decorrentes de concorrência desleal. A intenção da Browing-Ferris de retirar sua concorrente do mercado foi caracterizada como violação às leis federais e estaduais de antitruste insculpidas no *Clayton Act* de 1914.⁶⁰

Derradeiramente, nesse rol de aplicações, cabe expor a controvérsia acerca da incidência dos *punitive damages* em casos que fique caracterizada a responsabilidade objetiva do ofensor. Conforme o trecho abaixo, para Judith Martins-Costa, a figura da

⁵⁹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 57

⁶⁰ *Ibidem*, p. 58

responsabilidade objetiva é incompatível com a indenização punitiva, uma vez que, nessas circunstâncias, a obrigação de reparar do infrator decorre de atos independentes de subjetividade:

Não há de se pensar em punir com a indenização 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.⁶¹

Não obstante, conforme já exposto e bem observado pela Professora Judith Martins-Costa, a aplicação dos *punitive damages* esteja relacionada ao grau e circunstância envolvendo a culpa do agente, é possível encontrar casos decididos pela Suprema Corte Estadunidense em que danos provenientes de relações de consumo - onde há a figura do fornecedor responsabilizado objetivamente pelas disfunções de seus serviços ou produtos – ensejaram obrigação de pagar indenização punitiva, tendo como escopo a prevenção da ocorrência de ilícitos independentemente da configuração de culpa. De fato, essa hipótese de aplicação não constitui uma novidade - já em 1980 no caso *Gryc vs. Dayton Hudson Corp* (1980)⁶², a empresa foi condenada a pagar 1 milhão de dólares em indenização punitiva por ter posto em comercialização produto perigoso sem que tenha havido qualquer cuidado prévio à disponibilização no mercado. Nesse sentido, Caroline Vaz faz um apanhado das situações envolvendo responsabilidade objetiva do infrator que justificam a aplicação dos *punitive damages*:

Percebe-se que as situações nas quais à responsabilidade civil objetiva podem ser acrescidas as funções punitivas e dissuasórias são, tão-somente, aqueles casos em que, apesar de ser conhecedor do risco que o produto oferece à sociedade, o produtor

⁶¹ 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, jan./mar. 2005. p. 21. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁶² A empresa têxtil Dayton Hudson Corp produzia um tecido de algodão excessivamente inflamável. Esse tecido era vendido sem que houvesse qualquer teste que controlasse os parâmetros de segurança do produto. A roupa elaborada com esse tecido acabou pegando fogo o que ocasionou queimaduras graves em uma criança que estava próxima ao fogão o que ensejou a condenação da empresa em *compensatory damages* no valor de R\$ 750 mil dólares e R\$ 1 milhão de dólares por *punitive damages*. VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. pp. 54-55.

:mostra-se indiferente ao resultado, não tomando qualquer atitude no sentido de evitar um dano que seria evitável.⁶³

Por conseguinte, pode-se concluir que a condenação em verbas punitivas no *Tort Law*, desconsiderada a culpa do agente, depende de situações específicas em que esteja presente uma justificativa de tutelar a sociedade, através de uma pressão econômica sobre as empresas, fazendo com que estas sejam forçadas a elevarem os parâmetros de segurança dos produtos comercializados.

Uma vez observada pelos casos previamente esposados a coexistência de duas formas de indenizar, sendo elas os *compensatory damages* e os *punitive damages*, cumpre realizar uma diferenciação nas finalidades dessas modalidades de indenizações no ordenamento jurídico estadunidense, para que se possa identificar claramente as funções e hipóteses de aplicação dos *punitive damages* e, posteriormente, nesta monografia, analisar-se a forma como vem sendo tentada a transplantação do instituto para o ordenamento brasileiro.

Os *compensatory damages* são orientados para a reconstituição da condição do ofendido anteriormente à ação ilícita (*loss-oriented*), seja através de uma reparação *in natura* – aquela em que se devolve exatamente o bem tutelado suprimido –, seja pela reparação pecuniária – modalidade cada vez mais utilizada, principalmente com a recorrência de condenações aos danos infringidos aos bens imateriais relacionados aos direitos de personalidade. Pertinente consignar que a reparação pecuniária não constitui prática moderna de reparação às condutas ilícitas - Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que o Direito Romano e o Direito Francês só conheciam a reparação em dinheiro.⁶⁴ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino vai além:

No direito romano, na ausência de uma distinção clara entre a responsabilidade civil e penal, predominava a reparação pecuniária, determinando que, muitas vezes, a pena imposta para alguns delitos, especialmente para os privados, fosse a própria reparação do dano por prestação de uma indenização em dinheiro (pena privada).⁶⁵

⁶³ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. pp. 55-57.

⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 22. p. 209.

⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

Retomando a diferenciação dos *compensatory damages* em relação aos *punitive damages*. Vê-se uma clara orientação para a vítima (*victim-oriented*) da tutela reparatória dos *compensatory damages*, enquanto, na aplicação dos *punitive damages*, percebe-se a preocupação com o autor do *tort* e com sua conduta ilícita (*society-oriented*).⁶⁶

Há ainda uma diferenciação de perspectiva na qual os *compensatory damages* tendem a buscar *o status quo ante* ao momento da prática do ilícito, com exceção de eventuais perdas que a vítima poderia vir a incorporar ao seu arcabouço jurídico (a ideia de lucros cessantes), ainda que atinente a uma situação futura. Lucros cessantes, portanto, são perfeitamente alcançáveis pelos *compensatory damages*, ainda que se tratem de compensar algo que aconteceria futuramente. Por outro lado, os *punitive damages*, ao buscarem coibir determinadas condutas sob uma ótica de proteção da sociedade, possuem uma predisposição marcadamente prospectiva, na qual se busca encorajar os indivíduos a praticar condutas de acordo com as leis.

Ademais, cabe delimitar uma diferenciação tributária que em muito esclarece a natureza das formas de condenação no *Tort Law*. Há posicionamento da Suprema Corte Americana que reforça esse conceito de “sobre-indenização” dos *exemplary damages* que é a incidência de tributação nas verbas reconhecidas como devidas judicialmente como punitivas, uma vez que elas correspondem a um acréscimo patrimonial.⁶⁷ De outra banda, semelhante ao que ocorre no ordenamento nacional, os *compensatory damages* – aqueles ligados exclusivamente à extensão do dano suportado pela vítima - buscam indenizar atos ilícitos que agredam a esfera patrimonial ou extrapatrimonial, correspondendo a uma reposição do patrimônio a uma situação anterior ao dano. Assim, ainda que em alguns casos os *punitive damages* sejam fixados por meio de uma proporcionalidade face aos *compensatory damages*, conforme previsto pela Suprema Corte Americana no precedente supra *BMW of North America Inc. vs. Gore*, a natureza da obrigação é totalmente divergente.

Traçadas as hipóteses de aplicação e os limites legais, através de casos e da diferenciação das naturezas de condenação simultâneas na seara da responsabilidade civil estadunidense, é necessário atentar para as críticas na aplicação do instituto, mesmo dentro dos Estados Unidos.

⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 170.

1.2 AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Os *punitives damages* encerram em seu bojo uma tutela repressiva que permite circunstâncias de perplexidade, como já visto no tópico anterior, diante da extensão da pena privada frente ao dano efetivo. Percebe-se que os valores arbitrados nas indenizações punitivas representam um receio de grande prejuízo, principalmente para fornecedores em grande escala de produtos ou serviços. A desproporcionalidade resultante da falta de parâmetros do arbitramento da condenação, que muitas vezes acompanha o instituto dos *exemplary damages*, para alguns doutrinadores, tem relação com o despreparo dos jurados em fixar a condenação, influenciados pelas diferenças de condições econômicas entre o demandante e o demandado.⁶⁸

Por conseguinte, faz-se necessário a análise da questão procedimental da fixação dos *punitive damages*. O *Tort Law*, ramo do direito que se debruça sobre os ilícitos da órbita civil, é de competência estadual. Sendo assim, entre os cinquenta estados da federação, pode-se observar a heterogeneidade jurisprudencial que se traduz em diversos parâmetros de utilização da indenização punitiva e mesmo em alguns casos sua inaplicabilidade, como ocorre nos estados de Louisiana, Massachussets, Michigan, Nebraska e Washington.⁶⁹

Inegável relacionar essa falta de homogeneidade das decisões com a previsão da Sétima Emenda à Constituição Federal Estadunidense⁷⁰, que prevê como órgão julgador de lides envolvendo o *Tort Law* o Tribunal do Júri. Assim, recai sobre os jurados, muitas vezes parcamente instruídos juridicamente, fixar condenações punitivas que já por sua natureza não possuem parâmetros específicos, dependendo sobremaneira da análise sensível da situação fática específica do caso. Consequentemente, chegam-se a valores astronômicos a título de *punitive damages*.

⁶⁸ STOLL, Hans. *International Encyclopaedia of Comparative Law*. vol. 11, chapter 8. p. 102.

⁶⁹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

⁷⁰ *Seventh Amendment*: “In Suits at Common Law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to a trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the Common Law”. (Nas lides do *Common Law*, em que o valor posto em discussão exceda vinte dólares, será garantido o direito do demandado de ser julgado pelo Júri, e nenhum fato conhecido pelo júri servirá de base para reexame por qualquer outra corte estadunidense, salvo por normas em consonância com o *Common Law* – tradução livre). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. CONSTITUTION. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Na grande maioria dos estados americanos, o procedimento perante o júri é dividido em duas grandes fases. Na primeira, faz-se uma análise se o réu (*defendant*) é ou não responsável pelo ato que o autor imputa a ele responsabilidade. Nesse primeiro estágio, ficam arbitrados os *compensatory damages*. Em um segundo momento, passa-se a uma análise dos aspectos que permearam a conduta que gerou o dano já reconhecido, avaliando aqui o grau de culpa do agente e a possibilidade da aplicação dos *punitive damages* como forma de efetivamente prestar a tutela, ou seja, pressionando economicamente o infrator, através da prevenção especial, e a população, por meio da prevenção geral, para que o ato ilícito não volte a ocorrer. Ademais, busca-se a impossibilidade de haver qualquer tipo de benefício econômico decorrente do ato ilícito por parte do agente infrator. No entanto, diante da liberdade federativa dos Estados Unidos, é possível haver jurisdições que não façam qualquer tipo de divisão procedimental, o que faz concentrar em um só ato o reconhecimento da responsabilidade do dano e incidência dos *punitive damages*. Por fim, há ainda estados que dividem em três momentos distintos o rito do Júri no *Tort Law*: inicialmente, os jurados decidirão se o requerido (*defendant*) violou ou não norma de conduta, em outras palavras, se o agente se desviou do *standard* do homem normal em situações análogas. Em caso afirmativo, o réu é responsabilizado pelo dano. No momento posterior, já imputada a responsabilidade do fato que ocasionou o dano, o juiz dará instrução aos jurados para que concedam a indenização propriamente dita, aquela na medida do dano. Derradeiramente, o júri terá que se debruçar sobre a possibilidade de condenar o *wrongdoer* em montantes punitivos.⁷¹

Como já visto nos casos julgados pela Suprema Corte Estadunidense, esses disparates na aplicação da indenização punitiva podem ser revistos pela Corte Constitucional norte-americana, segundo aqueles critérios já esposados quanto aos limites do *quantum* punitivo frente a situações específicas. Nelson Rosenvald, entusiasta da renovação da pena civil no ordenamento jurídico nacional e defensor da importação dos *punitive damages*, vai além e afirma:

Porém, a já comentada evolução da Corte Constitucional americana nos últimos 15 anos, em matéria de razoabilidade, afasta a suspeita de quebra do princípio da igualdade ou violação excessiva à propriedade. Como visto, dois são os sistemas preferencialmente utilizados, alternativa ou cumulativamente: (a) fixação de tetos de

⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. *Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. pp. 10-11.

punitive damages; (b) estipulação de uma relação ente compensatórios e punitivos que não pode ser ultrapassada.⁷²

Malgrado a existência de parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte Estadunidense, pode-se ainda ver casos em que os valores correspondentes às indenizações nitidamente são irrazoáveis. Os críticos à aplicação dos *punitive damages* resumem essas discrepâncias em dois principais pontos denominados *overcompensation* e *overdeterrence*. A ideia de *overcompensation* pode ser entendida como a excessiva indenização que em muito ultrapassa a extensão do dano repercutindo em um ganho patrimonial pela vítima que é incongruente com o sofrimento de um dano ilícito, apenas justificada pela necessidade de punir o agente do ato ilegal em nome de uma segurança coletiva. Por outro lado, entende-se como *overdeterrence* a desproporcionalidade da intenção dissuasória do instituto em tela que pela excessiva condenação pode levar a falência da empresa, resultado este que não é o esperado, uma vez que a intenção do instituto não é eliminar a empresa, mas sim incentivar condutas escorregadas.⁷³

Levando em consideração que as indenizações referentes à extensão do dano no campo do *Tort Law* quase sempre são arbitradas pelo Júri Popular, que possui a competência para definir se serão a estas acrescidos os *punitive damages*, alguns autores tratam o instituto como uma verdadeira loteria jurídica, na qual, esporadicamente, sem que haja um maior embasamento, são concedidas altíssimas quantias como forma de punir o agente do ilícito.⁷⁴ Assim nota-se uma crescente procura por parte dos demandantes em auferir em suas demandas valores incompatíveis com o dano sofrido, levando ao Judiciário litígios marcadamente com interesses financeiros desprovidos de substrato jurídico para que sejam admissíveis condenações punitivas.

Quanto a esse fenômeno de vislumbrar no Poder Judiciário uma forma de fácil enriquecimento, Caroline Vaz pondera:

Esses juristas alegam que este possível enriquecimento do lesado pode gerar uma certa negligência no comportamento das vítimas, as quais preferem deixar acontecer a evitar a situação lesiva. Por consequência, o particular é incentivado a recorrer aos

⁷² ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 173.

⁷³ CANE, Peter. **Atiyah's Accidents, Compensation and the Law**. Cambridge University Press, 2008. pp. 173-174.

⁷⁴ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 173.

tribunais, gerando excessivo número de processos nos quais o lesado tem uma posição privilegiada nas negociações pois o infrator prefere ceder às propostas deste, visto que as conhece e pode negociar, a submeter-se ao pagamento de *punitive damages* cujo montante é indeterminado e ao qual só é possível se opor em grau de recurso para o Tribunal Superior.⁷⁵

Nesse diapasão, os críticos norte-americanos reputam aos *punitive damages* uma condição de heresia jurídica que deforma a simetria do corpo jurídico⁷⁶, pois são arbitrados sem os procedimentos adequados atinentes ao âmbito penal, impossibilitando que o demandado possa ter qualquer tipo de segurança jurídica quanto à extensão de sua condenação. Além disso, colocam o réu em uma situação de disparidade processual, que muitas vezes o leva a realizar acordos com a parte demandante, mesmo não tendo agido com *gross negligence*, para que se livre de condenações punitivas excessivas. Assim, torna-se uma fácil forma de locupletamento chancelado pelo Poder Judiciário sofrer danos ou agir permissivamente para sofrer danos e posteriormente buscar reparações que aleatoriamente podem ser acompanhadas por acréscimos punitivos (*windfall theory*⁷⁷). Nesse diapasão, como forma de evitar que as demandas judiciais sejam equivocadamente vistas como forma de alcançar benefícios financeiros, cresce a ideia de que os *punitive damages* não sejam revertidos para o demandante, porém para o Estado, uma vez que, em parte, a justificativa dessa espécie de tutela é assegurar que o interesse difuso da sociedade não venha a ser violado pela repetição da conduta.⁷⁸ Por conseguinte, a *overcompensation* traduz a discussão de que até que ponto seria justificado estabelecer uma pena em milhões de dólares a alguém que sofreu prejuízos apenas na ordem de milhares de dólares. O aparelho da Justiça seria utilizado para o propósito declarado de conceder ao ofendido um montante adicional. Os efeitos, portanto, da Responsabilidade Civil seriam semelhantes ao que se espera quando se aposta em jogos de azar ou loterias - em outras palavras, receber algo pelo simples fato de que se demandou, mas sem uma relação direta com o Direito.

Afora esse viés persecutório de lucro pelo demandante, que é incongruente com a ideia de prestação jurisdicional, principalmente na seara do *Tort Law*, há quem afirme que os

⁷⁵ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

⁷⁶ STOLL, Hans. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 11, chapter 8. p. 102.

⁷⁷ Teoria da sorte inesperada em que o demandante, ingressando com a demanda para ter um suposto dano ressarcido, acaba por receber valores superiores aos danos que suportou. VAZ, *op. cit.* p. 63. Também nesse sentido: CANE, Peter. **Atiyah's Accidents, Compensation and the Law**. Cambridge University Press, 2008. pp. 173-174.

⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

punitive damages não alcançam sua finalidade de punição e compensação, servindo unicamente como forma de prevenção de ilícitos, haja vista que em muito se afastam da compensação. Quanto à punição, na prática, esta se dá totalmente sem parâmetros, o que acaba por não punir, mas sim gerar um receio por parte dos agentes que incorrem em riscos de ocasionar danos em sua atividade econômica devido à falta de segurança jurídica na aplicação do instituto. Tal receio se relaciona muito mais à finalidade de prevenção do que a de punição propriamente dita.

Ademais, as condenações excessivas acabam resultando no cerceamento da atividade econômica de empresas, o que atinge o núcleo do direito à propriedade e à liberdade econômica. Caso não as leve à falência, vê-se que as grandes condenações acabam por prejudicar os próprios tutelados, uma vez que o preço da condenação é repassado para os produtos ou serviços comercializados pelo agente infrator que obviamente serão suportados pelos consumidores, pois a condenação punitiva majoritariamente ocorre em grandes empresas fornecedoras de produtos consumidos em larga escala.⁷⁹ Destarte, diante da posição comercial dessas grandes empresas que veem contra si arbitrados *punitive damages*, como é o caso de Texaco, McDonald's, BMW e outras companhias previamente citadas, quem acaba suportando esse encargo financeiro são seus consumidores, penalizados pela excessividade da condenação.

Essa falta de limite da pena ao indivíduo responsável pela conduta, fazendo com que outros indivíduos arquem com as penalidades, é típica da aplicação dos *punitive damages*, que majoritariamente recaem sobre grandes empresas fazendo com que acionistas e dirigentes que não possuem ligação direta com o ilícito sejam prejudicados, uma vez que os responsáveis geralmente já deixaram a gerência das empresas muito antes da condenação.⁸⁰ Conclui-se assim que a imposição de prestações punitivas de pessoas coletivas é ineficaz, já que não há uma punição direta dos responsáveis e nem previne a adoção de medidas semelhantes, porque dificilmente é o particular o patrocinador do ilícito a quem recai a condenação.⁸¹ Destarte, essa usualidade na condenação de empresas repercute em uma função social da *law of torts* exaustivamente debatida pela doutrina americana, em que se vislumbra uma distribuição dos

⁷⁹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 63-64.

custos e benefícios da atividade econômica tendo como referencial a lógica mercantil traduzida pela análise econômica do Direito.⁸²

Os apoiadores dessa nova forma de análise do Direito apostam em um método de tratar os temas jurídicos, por um viés econômico, visto que, segundo estes, qualquer fenômeno humano, inclusive a ciência jurídica, pode ser convertido em um método econômico orientador de escolhas humanas. Nesse sentido, impõe-se o ramo da Responsabilidade Civil, notadamente a incidência de indenização punitiva, como forma de incentivar comportamentos eficientes. Defensor desses remédios de ordem econômica para o desenvolvimento comercial e efetividade das tutelas jurisdicionais, Nelson Rosenvald expõe:

Neste modelo, a responsabilidade civil terá a função de induzir os privados a considerar os danos que os seus comportamentos possam causar aos outros. Estes danos no jargão dos economistas são chamados de externalidades. Nesta ótica, o escopo da responsabilidade civil será o de internalizar os acidentes, partindo da premissa de que se os incentivos são ótimos, as vítimas e os potenciais lesantes manterão níveis de precaução que minimizarão os custos sociais dos acidentes.⁸³

Essa ideia de vislumbrar nos *punitive damages* um instituto capaz de incentivar a maximização da eficiência dos particulares esbarra na impossibilidade de se reduzir os fenômenos humanos a motivações de ordem econômica – aliás, nem se pode reduzir os institutos jurídicos a uma concepção simplesmente utilitarista para alcançar a eficiência ou a otimização da sociedade de um ponto de vista financeiro. Em verdade, como já exposto aqui, a influência de interesses econômicos na aplicação do Direito acaba por desnaturar suas finalidades. Na seara do *Tort Law*, já se observou que os indivíduos passam a agir de forma descuidada com o interesse de eventualmente serem agraciados com uma condenação que representará um enriquecimento. Cai, conseqüentemente, por terra qualquer pretensão de incentivo aos agentes econômicos para a não promoção de qualquer dano, mas sim apenas erige um receio na condenação que muitas vezes leva a realização de acordos extrajudiciais como forma de se precaver da sabida falta de parâmetros instituidores dos *exemplary*

⁸² 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, jan./mar. 2005. p. 21. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

⁸³ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

damages, que permite aos demandantes receber altíssimas quantias pelos mal instruídos jurados.

De outra banda, nos países de *Common Law*, cria-se o questionamento acerca da possibilidade de concomitância de imposição de pena civil, através dos *punitive damages*, e a pena de caráter criminal. Vislumbra-se uma possibilidade de dupla punição (*double jeopardy*), no âmbito civil e penal do agente, o que representa uma violação constitucional, uma vez que muitas vezes a conduta de negligência grosseira (*gross negligence*) ensejadora da aplicação dos *punitive damages* pode ser tipificada penalmente.⁸⁴ Esse problema de sobreposição sancionatória é afastado de plano em alguns estados norte-americanos, como é o caso do estado de Indiana que exclui a possibilidade de apreciação da incidência dos *exemplary damages* em casos que haja a instauração de procedimento penal.⁸⁵ No entanto, quanto a grande parte dos demais estados norte-americanos resta a incerteza acerca da mencionada concorrência de penas, como observa Hans Stoll:

Na grande maioria dos estados (norte-americanos) o tipo criminal de uma conduta não afasta a possibilidade de condenação de indenização punitiva, porém é incerto se ou qual extensão que a pena criminal pode minorar ou afastar a pena civil insculpida no bojo dos *punitive damages*. (tradução livre).⁸⁶

A questão da proporcionalidade da aplicação da pena civil que alicerça os *punitive damages* e da sua conformidade constitucional compõe a principal crítica ao instituto e corresponde à síntese desta. A falta de proporcionalidade, produto da atividade decisória dos jurados, acaba por representar uma violação à reserva legal do direito à propriedade que, em tese, só poderia ser ferida com clara previsão Constitucional.

Não se é admissível aplicar uma indenização com um viés punitivo sem que com ela se tragam as garantias inerentes ao âmbito penal. Logo, a sanção punitiva no âmbito civil deve considerar a necessidade de proporcionalidade entre a pena e o ilícito cometido. Não se pode punir além da gravidade do dano, mesmo que se tenha como escusa a prevenção e a tutela coletiva. A limitação da pena garante o equilíbrio entre a aflição mínima ao agente e a

⁸⁴ STOLL, Hans. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 11, chapter 8. p. 102.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁶ “In most other states the criminal character of an offense does not preclude exemplar damages, but is uncertain if and to what extent the courts will credit criminal punishments when assessing damages” *Ibidem*, p. 104.

dissuasão necessária à sociedade. Como já observado, a existência de parcos limites na aplicação dos *punitive damages* acaba por impossibilitar sua aplicação em um estado democrático em que os sujeitos gozam de segurança jurídica antes de promover condutas, sem que estejam sujeitos a condenações inviabilizadoras de sua atividade comercial. Nelson Rosenvald destaca quanto a necessidade de existirem parâmetros rígidos em sua aplicação e a possibilidade de uma “corrida” para ser indenizado face aos limites financeiros do agente do ilícito que possa ter gerado um dano coletivo:

De fato, o problema mais grave que se cogita é a possibilidade de o réu ficar arruinado pela cumulação de várias penas civis que incidem especialmente nos desastres em massa (mass tort litigation). O exagero (overkill) na adoção de sanções punitivas deverá acenar com a possibilidade da falência ou insolvência, com a péssima consequência para os últimos demandantes, pois só os que se adiantarem em suas postulações terão acesso às verbas punitivas.⁸⁷

As precedentes críticas às aplicações dos *punitive damages*, mesmo nos países em que sua aplicação encontra respaldo jurisprudencial, demonstram a dificuldade desde a origem em se importar tais elementos ao ordenamento jurídico nacional. Cabe assim realizar a próxima análise da presente monografia acerca da possibilidade da importação do instituto a um país de *Civil Law*, especialmente naquilo que tange à difícil tarefa de quantificar o dano extrapatrimonial, em que se vislumbra uma possibilidade de sua utilização por parte da doutrina brasileira sob a figura de uma função punitiva inserida na compensação dos danos imateriais.

2 A (IN)APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

Os danos de ordem extrapatrimonial já foram objeto de inúmeras controvérsias. Inicialmente, negou-se inclusive sua ressarcibilidade, pois para alguns doutrinadores não se

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 247.

pode quantificar uma esfera de direitos intangíveis.⁸⁸ Nesse sentido, embora não reconhecesse a possibilidade de fixação pecuniária equivalente, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao falar da reparação à calúnia e à difamação, danos inegavelmente de natureza moral, já afirmava:

O dano moral, se não é, verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente, sem se afastar que haja a apreciação operacional dos benefícios. [...] De qualquer modo, o dano moral é indenizável, sem qualquer secundariedade.⁸⁹

Felizmente, aos poucos ficou claro que não se espera, através de indenização em pecúnia, monetizar os sentimentos ou qualquer outro tipo de dano imaterial, mas sim de uma simples compensação, ainda que ínfima, em função da tristeza ilicitamente suportada pela vítima.⁹⁰

No entanto, superada essa controvérsia acerca da sua reparabilidade, passa-se a uma discussão acerca do que configura a existência de dano extrapatrimonial. Diversamente da facilidade que se visualiza na definição e liquidação do dano material, que atinge diretamente o conjunto patrimonial presente (danos emergentes) e futuros (lucros cessantes), vê-se na identificação dos danos extrapatrimoniais pela jurisprudência uma espinhosa tarefa de definir até que ponto um fato representa um dano ou um aborrecimento usual, sempre sob o risco de se banalizar o instituto ao se chancelar demandas meramente arrecadatórias. De fato, inexistem parâmetros legalmente determinados para que se caracterize um ato ilícito contra o patrimônio imaterial - depende-se sobremaneira da sensibilidade do juiz em vislumbrar que o fato, alheio à normalidade, interferiu intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, o que acaba por ocasionar aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Por ser uma construção jurisprudencial, utiliza-se trecho de julgado do STJ que exemplifica situações que demonstram a existência de danos morais: “No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a

⁸⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparação**. 3 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1987. p. 49. Nesse sentido, também: CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 43-44.

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 54. p. 61.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 2008. p. 81.

limitação das potencialidades do indivíduo, a “*perdre de jouissance de vie*”, tudo elevado a um grau superlativo (...)”.⁹¹

Para além do pedregoso processo de identificação do que se enquadra em um dano extrapatrimonial, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina encontram grandes problemas na definição do que compreende a compensação e a quantificação desses danos. O maior questionamento subsume-se em definir como se deve indenizar o agredido de forma que este tenha algum tipo de compensação sem que se banalize ou sobrevalorize o direito violado, o que caracterizaria um enriquecimento sem causa vedado pelo sistema jurídico nacional.⁹²

Cabe salientar que a sanção decorrente da configuração do dano moral não se resolve por meio de uma indenização propriamente dita, porquanto o termo indenizar repercute a uma atividade de eliminar o prejuízo suportado, bem como suas demais consequências. Tal escopo se torna impossível na seara extrapatrimonial. Portanto, a reparação que se coaduna com essa espécie de dano é através da compensação, e não há a intenção de uma perfeita reparação, tal qual experimentada nos danos patrimoniais. A compensação do ilícito moral se dá por uma imposição ao infrator a uma obrigação de pagar determinada quantia e, por conseguinte, ao agravar o patrimônio deste, acaba por gerar uma satisfação ao agredido.⁹³

Obviamente, impossível falar de uma equivalência entre a prestação pecuniária e a aflição imaterial, no entanto, essa circunstância não pode significar sua irreparabilidade, como parte da doutrina por muito tempo afirmou. O papel da compensação em dinheiro desempenha um papel de satisfação, ainda que seja acompanhada por uma ideia de equivalência (função notadamente presente na indenização material), porém esta última aqui tem o papel de buscar reparar tanto quanto possível, através de uma satisfação alicerçada no dinheiro, os danos de natureza moral.

Em que pese as esferas de danos sejam intrinsecamente diversas, não há qualquer diferenciação no ordenamento jurídico brasileiro acerca de princípios específicos para a reparação dos danos materiais ou imateriais. De fato, a legislação transfere essa árdua tarefa para a jurisprudência e para a doutrina identificarem os parâmetros de finalidade da reparação

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 164.126/RJ. Recorrente: Vanete Duque Estrada Fontaninha. Recorrido: Companhia Municipal de Limpeza Urbana - Comlurb. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 20 ago. 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800099930&dt_publicacao=23/11/1998>. Acesso em: 27 nov. 2015.

⁹² BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 34-35.

⁹³ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

extrapatrimonial. Assim, passa-se a uma análise do que comporta a indenização, ou como já exposto, a compensação dos danos imateriais.

2.1 O CARÁTER COMPENSATÓRIO E SATISFATIVO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Tratar acerca da natureza da reparação importa se debruçar acerca da própria função da Responsabilidade Civil. Como já dito anteriormente, a origem comum da responsabilidade civil e penal no Direito Romano ainda produz efeitos, principalmente na compensação dos danos extrapatrimoniais, face a impossibilidade de se limitar até que ponto a condenação produz compensação ao ofendido ou punição ao infrator e, para parte da doutrina, ambas as consequências.⁹⁴

Percebe-se que a função primordial da responsabilidade civil é a ressarcitória e, consoante exposição de Paulo Vieira de Tarso Sanseverino, esta corresponde ao princípio de reparação integral⁹⁵, plasmado no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 944 do Código Civil.⁹⁶ Tal princípio prescreve que a indenização deve ser aplicada de tal modo a deixar o lesado, na medida do possível, nas exatas condições pretéritas à infringência perpetrada pelo infrator. Obviamente, consoante exposto por Judith Martins-Costa, essa tentativa de recomposição das condições da vítima ao momento imediatamente anterior ao do cometimento da infração constitui uma ficção, principalmente nos casos dos danos extrapatrimoniais.⁹⁷

A aplicação da reparação integral na seara imaterial tem sido utilizada pela jurisprudência brasileira, mormente pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁸, que, em seus julgados

⁹⁴ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42.

Nesse sentido, também: SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral – doutrina, jurisprudência e prática**. Leme: Editora de Direito, 1997. p. 51. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 220-224.

⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁹⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 322.

⁹⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. 1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos

tem demonstrado a necessidade de arbitrar condenações proporcionais e razoáveis de acordo com as situações de cada caso, afastando a prática de condenações tarifadas e controlando os arbitramentos excessivamente altos ou baixos concedidos pelos tribunais inferiores a título de recomposição extrapatrimonial.

Outrossim, percebe-se a valorização do arbitramento judicial como forma de quantificar a compensação extrapatrimonial em detrimento da prática tarifada (indicações legais de valores previamente determinados para a indenização de danos morais), uma vez que aquela privilegia a proporcionalidade e a análise casuística, sendo a melhor forma de satisfazer o princípio da reparação integral. Essa modalidade de tarifação das reparações prevista na Lei da Imprensa (Lei 5.250/67)⁹⁹ podem ser plenamente revistas pelo Superior

herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide. 2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, **devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido**, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 4. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 5. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo. 6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva. 7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 850.273/BA. Agravante: Gildásia dos Santos e Santos – Espólio, Jaciara Ribeiro dos Santos – Inventariante. Agravado: Editora Gráfica Universal LTDA. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 27 nov. 2015.

PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE ATIVA. AFERIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7-STJ. CIVIL. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. MONTANTE RAZOÁVEL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Aferir se a parte tem legitimidade para ocupar o polo ativo da demanda esbarra no óbice da súmula 7-STJ, pois depende de revolvimento fático-probatório não condizente com a via especial. 2 - A indenização tem, além do escopo reparatório, a finalidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. Entretanto, há de se pautar pela proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades da demanda e as partes envolvidas, evitando-se assim o enriquecimento ilícito. 3 - Por isso mesmo, esta Corte admite, consoante entendimento pacífico, a alteração do valor indenizatório, para ajustá-lo aos limites do razoável, mas somente quando patente a sua desmesura. 4 - Na hipótese, não se mostra desarrazoado condenar os réus a pagarem 50 salários mínimos (metade para cada um) a cada um dos ofendidos, em face de publicação jornalística ofensiva, em jornal de grande circulação na cidade do Rio de Janeiro. 5 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 348388. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T. j. 07/10/2004)

⁹⁹ Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

Tribunal de Justiça¹⁰⁰, consoante trecho de julgado: “a estipulação do valor da indenização por danos morais não está restrita aos critérios da Lei de Imprensa, podendo ser revisto neste Tribunal quando contrariar a lei ou o bom senso, mostrando-se irrisório ou exorbitante (STJ, REsp 416.846. Rel. Min. Castro Filho, 3ª T. j. 05/11/02, DJ 07/04/03).¹⁰¹

Portanto, diante da possibilidade de haver condenações excessivas ou irrisórias, fundadas em arbitramentos equivocados ou frutos de limites legalmente impostos (tarifação), o Superior Tribunal de Justiça, renovando seu entendimento de não apreciação de questões fáticas¹⁰², passou a agir como um controlador das indenizações arbitradas pelas instâncias inferiores.¹⁰³

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido. BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 out. 2015

¹⁰⁰ BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 416.846/SP. Recorrente: Rápido D'Oeste LTDA. Recorrido: Arthur Danton Corrêa Vicentini. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 05 nov. 2002. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200219913&dt_publicacao=07/04/2003>. Acesso em 22 nov. 2015.

¹⁰² Súmula 7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>.

Acesso em: 29 nov. 2015.

¹⁰³ Nesse sentido, as seguintes ementas:

Responsabilidade civil. Imprensa (publicação de notícia ofensiva). Ofensa à honra. Dano Moral. Valor da indenização. Controle pelo STJ. [...] Em não sendo mais aplicável a indenização a que se refere a Lei 5520/67, deve o juiz no entanto quantificá-la moderadamente. [...] O valor da indenização não pode escapar ao controle do

O princípio da reparação integral não pode fazer ressurgir a situação anterior ao dano extrapatrimonial, uma vez que a Responsabilidade Civil carece de ferramentas que se prestem a “apagar” o sofrimento suportado pela vítima. No entanto, através da indenização pecuniária, busca propiciar alguma satisfação que compense o dano suportado de forma proporcional a extensão deste sem implicar em uma condenação excessiva ou irrisória, tornando sua indenização injusta e alheia aos pressupostos legais.¹⁰⁴

Nesse diapasão, frisa-se que malgrado a impossibilidade de recomposição da condição anterior do lesado através da compensação do dano extrapatrimonial, tem-se nesse preceito da reparação integral a sustentação do papel indenizatório e, por conseguinte, da responsabilidade civil, independentemente da natureza do dano.¹⁰⁵

Verifica-se claramente a identificação de duas funções da responsabilidade civil na indenização dos danos extrapatrimoniais: a compensação e a satisfação da vítima. Para alcançá-las, proporcionalidade e razoabilidade são os princípios mais citados pela jurisprudência. Cabe aqui tecer alguns comentários acerca desses “princípios” - tratam-se, na verdade, de postulados normativos, ou seja, não buscam a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação desse dever, correspondendo a modos de raciocínio e argumentação que estruturam a aplicação dos próprios princípios, estes sim destinados a promover um fim específico.¹⁰⁶ O princípio aplicado, de fato, é o da reparação integral, haja vista que encerra uma característica de análise do dano suportado pela vítima, concedendo ao lesado uma compensação pecuniária proporcional ao dano.

Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido em parte, para reduzir-se o valor da condenação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 53.321/RJ. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: Eduardo Mayr. Relator: Ministro Nilson Alves. Brasília, 16 set. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400265239&dt_publicacao=24/11/1997> Acesso em 28 nov. 2015.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EVOLUÇÃO DE CHEQUES POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. DANO MORAL. QUANTUM EXCESSIVO. REDUÇÃO. COMPATIBILIZAÇÃO COM O PORTE DA LESÃO OCORRIDA. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE. I. A indenização por danos morais resultantes da devolução de cheque por alegada insuficiência de fundos quando, na verdade, havia saldo suficiente na conta corrente, deve ser estabelecida em valor compatível com a lesão experimentada que, no caso, foi de menor gravidade, em face da ausência de maior publicidade do fato mediante protesto de título ou inscrição em cadastro negativo de crédito. II. Fixação do valor em moeda corrente desvinculado ao salário mínimo. III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 60.457. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. j. 14/06/2005, DJ 15/08/2005).

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

¹⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. p. 80.

Já afastada a forma de tarifação como quantificação da indenização extrapatrimonial, passa-se a analisar o arbitramento de forma equitativa e comutativa da indenização decorrente dos prejuízos extrapatrimoniais. A lição de Paulo de Tarso Sanseverino possui grande relevância ao objetivar parâmetros e fases para a quantificação da indenização. Em um primeiro momento, o Ministro indica que se deve arbitrar um valor básico ou inicial da indenização face o bem jurídico que foi atingido, tendo como parâmetros os precedentes jurisprudenciais de casos semelhantes.¹⁰⁷ Dessa forma, fica assegurado um mínimo de equivalência nos julgamentos, sendo respeitado o princípio da comutatividade. Essa preocupação pela igualdade no tratamento dos particulares que intentam no Judiciário é salutar e corresponde a uma resposta às críticas da doutrina estadunidense acerca do enriquecimento inesperado concedido pela condenação dos *punitive damages* em casos específicos, o que, consoante já aqui exposto, acaba por transformar o Judiciário em verdadeiro campo para apostas, onde as demandas mais parecem com cartelas de sorteio.

Determinado o valor básico da reparação, passa-se a uma análise das questões próprias do caso concreto. Assim, ajusta-se o seu valor em função das peculiaridades da lide, elevando ou reduzindo o montante inicialmente arbitrado. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil prevê claramente a possibilidade de se reduzir o valor da indenização, tendo em consideração a desproporção da gravidade da culpa e o dano resultante. Da mesma forma, a jurisprudência e a doutrina entendem este artigo como permissão legislativa para o aumento da indenização, sendo assim respeitada a equidade, ou seja, estabelecendo uma decisão que melhor atenda as minúcias do caso. Evidencia-se a utilização desse método no acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrichi.¹⁰⁸

¹⁰⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 288-289.

¹⁰⁸ Direito civil e processual civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente rodoviário sofrido passageiro de transporte coletivo. Resultado morte. Fundamentação deficiente. Prequestionamento. Danos materiais. Reexame de provas. Danos morais. Valor fixado. Revisão pelo STJ. Possibilidade. – Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficiente em sua fundamentação, tampouco quando a matéria jurídica versada no dispositivo legal tido por violado não tiver sido apreciada pelo Tribunal estadual. – A improcedência do pedido referente à indenização por danos materiais em 1º e em 2º grau de jurisdição foi gerada a partir da análise dos fatos e provas apresentados no processo, o que não pode ser modificado na via especial. – Ao STJ é dado revisar o arbitramento da compensação por danos morais quando o valor fixado destoa daqueles estipulados em outros julgados recentes deste Tribunal, observadas as peculiaridades de cada litígio. – A sentença fixou a título de danos morais o equivalente a quinhentos salários mínimos para cada recorrente; o acórdão reduziu o valor para vinte mil reais para a mãe, vinte mil reais para o pai, e dez mil reais para irmã. – Com base nos precedentes encontrados referentes a hipóteses semelhantes e consideradas as peculiaridades do processo, fixa-se em sessenta mil reais para cada um dos recorrentes, o valor da compensação por danos morais. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 710.879/MG. Recorrente: Vital da Silva Vieira. Recorrido: União Transportes Interestadual de

Oportunamente cabe expor que, nessa segunda fase, parte da doutrina¹⁰⁹ elenca como parâmetros para elevar ou reduzir o *quantum* indenizatório a intensidade do dolo, a situação econômica do ofensor, a natureza da gravidade e a repercussão da ofensa, as condições pessoais da vítima e a intensidade de seu sofrimento. Esses índices de aumento ou diminuição possuem íntima relação com a previsão penal de arbitramento de penas insculpada no art. 59 do Código Penal¹¹⁰ e notadamente trazem à tona a já diversas vezes mencionada ligação entre a responsabilidade civil e a penal. Ainda que esse tópico seja melhor abordado no próximo tópico dessa monografia, cabe, desde logo, consignar que, em que pese a utilização de alguns parâmetros tipicamente penais, tem-se na responsabilidade civil a função primordialmente satisfatória do lesado¹¹¹. Importante frisar que, por certo, não se afasta a indireta promoção de uma punição ao lesante e a consequente prevenção da reiteração da conduta ilícita, porém essa função constitui apenas uma repercussão da primazia civilista da responsabilidade de buscar, na medida do possível, a reconstituição da condição anterior ao dano. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho¹¹²:

A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Destarte, têm-se na satisfação do lesado como forma de compensar o dano sofrido o escopo basilar da indenização extrapatrimonial, ainda que, no seu arbitramento, diante da impossibilidade de estabelecer valores aos danos imateriais, sejam utilizados parâmetros claramente punitivos. No entanto, equiparar esse efeito reflexo da punição com a finalidade

Luxo S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 jun. 2006. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=710879&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 28 nov. 2015.

¹⁰⁹ Entre os doutrinadores que assim entendem, destacam-se Carlos Alberto Bittar e Felipe Braga Netto.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 209-210. BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 32-33.

¹¹⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

¹¹¹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 186.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

primordial da responsabilidade civil – tornar o lesado indene – significa desconstruir a separação da responsabilidade civil e penal e permitir que um indivíduo venha a ser punido sem as garantias inerentes ao Direito Penal. Entender como papel da Responsabilidade Civil a coibição de comportamentos sociais é perigoso e há muito foi legado ao âmbito penal, sendo desnecessária sua reunião. Destarte, não há justificativa para que se conceda funcionalidades diversas em função da natureza do dano perpetrado, pois a Responsabilidade Civil é única em sua finalidade, como bem prevista no art. 944 do Código Civil. A dificuldade de se encontrar o *quantum debeatur* na indenização extrapatrimonial não pode significar a reconstrução da finalidade da responsabilidade civil, revirando seu passado punitivo, para que aparentemente seja concedida uma tutela efetiva, em arrepio da lei e da tradição civilista. Em suma, cabe ao infrator a reparação do dano tão somente na extensão deste. No âmbito extrapatrimonial, não há como quantificá-lo para sua perfeita reparação, é sabido. Contudo, isso não significa direcionar a preocupação de tornar a vítima de alguma forma compensada para a punição do lesante. Como já visto, as condições patrimoniais do agente atuam como meros índices na quantificação, pois a forma como se deu a conduta repercute na extensão do dano, e não como uma forma de punir o infrator diretamente.

A reparação dos danos extrapatrimoniais compreende conceder alguma satisfação ao indivíduo que teve prejuízo em seu arcabouço jurídico não patrimonial.¹¹³ Não é apurado tecnicamente denominar a verba arbitrada como indenização, uma vez que indenizar significa “a eliminação do prejuízo e de suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento”.¹¹⁴

A compensação extrapatrimonial, na realidade, propicia a satisfação, ou seja, concede-se ao lesado, na grande parte das vezes, face à irrepetibilidade do bem retirado, quantia em dinheiro. A satisfação configura a melhor forma de reparar razoavelmente o prejuízo sofrido, mesmo sem que este possua natureza econômica, pois permite sua compensação da forma mais satisfatória possível, observados os limites inerentes aos instrumentos judiciais.¹¹⁵ Vê-se aqui a aplicação do princípio da reparação integral, mesmo que de forma indireta, para que se alcance uma satisfação equitativa para o lesado frente ao dano extrapatrimonial sofrido.

¹¹³ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42.

¹¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

¹¹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271.

A satisfação deve se dar através de um arbitramento da indenização em montante que guarde proporcionalidade e razoabilidade com a extensão dos prejuízos extrapatrimoniais sofridos pelo lesado, de forma a satisfazer a previsão legal insculpida no art. 944 do Código Civil. Conclui-se que nunca poderá ser concedida uma reparação tão completa quanto a experimentada nas ações envolvendo dano patrimonial, porém isso não significa dizer que a função primordial passe a ser uma punição na reparação dos danos extrapatrimoniais, como será visto mais atentamente adiante. A responsabilidade civil, independentemente do tipo de dano, visa à reparação deste e, na seara imaterial, deve ser realizada através de uma satisfação que, de alguma forma, possa minimamente reduzir o sofrimento.¹¹⁶

Como já visto, exsurge na condenação ressarcitória de danos morais alguns matizes punitivos, que, por parte da doutrina, significam um retorno das penas privadas e da confusão das esferas civil e penal. Necessita-se de uma análise acerca de até que ponto os conceitos punitivos existem na reparação extrapatrimonial e até qual estágio o instituto dos *punitive damages* serve como influência na árdua tarefa de quantificar a compensação extrapatrimonial, além da possibilidade do seu transporte ao ordenamento jurídico pátrio.

2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA DA COMPENSAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL E OS *PUNITIVE DAMAGES*

Além da função de compensar a vítima do dano extrapatrimonial, conforme já analisado, percebe-se que a doutrina e a jurisprudência cada vez mais revestem essa compensação de uma outra função: a punitiva.¹¹⁷ Essa faceta punitiva inserida na responsabilidade civil, especialmente na seara imaterial, marca um renascimento da pena privada.

Essa retomada à utilização de medidas punitivas inseridas no âmbito civil decorre de uma aparente insuficiência de se prover uma tutela efetiva aos jurisdicionados, dando, assim, uma impressão de impotência da Responsabilidade Civil frente aos descasos perpetrados pelos infratores, mormente aqueles relacionados aos fornecedores em uma relação de

¹¹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271.

¹¹⁷ BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

consumo. Além disso, vê-se uma tendência de diminuição do campo de atuação do Direito Penal, este agindo tão somente para resguardar violações graves a bens jurídicos de grande relevância, como preza o Direito Penal mínimo.¹¹⁸ Portanto, aparentemente, há um grande espaço para que a Responsabilidade Civil se irradie para questões fáticas alheias à sua tradicional ingerência, qual seja, aquela intimamente relacionada a uma função ressarcitória cujo papel é reparar danos e não imputar pena ao agente deste.¹¹⁹

Nesse diapasão, é inegável reconhecer no arbitramento de prestação pecuniária, principalmente na compensação dos danos extrapatrimoniais, a existência de um contato de funções desempenhadas pela responsabilidade civil e pela responsabilidade penal, malgrado não haja qualquer previsão nesse sentido legalmente. Por conseguinte, é de grande relevância que se analise até que ponto essa função punitiva reflexa na indenização extrapatrimonial pode representar uma possibilidade de realmente aplicar os *punitive damages* no ordenamento nacional como uma verdadeira pena civil, ou se essa hipótese de aplicação é totalmente afastada no sistema jurídico brasileiro, sendo a punição um mero efeito indireto da imposição de uma obrigação de minimamente compensar a vítima de um ato ilícito.

Nelson Rosenthal, defensor de uma reforma nas funcionalidades da Responsabilidade Civil inserida em uma sociedade de mercado movida principalmente por interesses financeiros, apregoa que é de extrema importância a aplicação da pena civil extracontratualmente¹²⁰, uma vez que representa uma garantia de tutela dos direitos fundamentais e interesses coletivos frente aos arbítrios do mercado desregulamentado que reduz e agride corriqueiramente interesses e direitos dos particulares e do próprio Estado.¹²¹ Assim, determinando-se a pena civil através dos *punitive damages*, aplica-se ao detentor da atividade econômica e agente revestido de poder de decisão uma condenação que consiga

¹¹⁸ 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, jan./mar. 2005, p. 21. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

¹¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272.

¹²⁰ O autor considera a possibilidade de incidência na responsabilidade extracontratual, uma vez que inserir nas relações entre consumidor e fornecedor tão somente a responsabilidade de natureza contratual de compra e venda acabaria por significar uma diminuição da eficácia da tutela da parte vulnerável dessa relação negocial, pois toda hipótese de dano dependeria da configuração de um inadimplemento e comprovação de sobre quem recai a culpa, tendo que a vítima demonstrar a culpa do fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor, ao trazer a sistemática da extracontratualidade para as relações de compra e venda, afasta a subjetividade vinculado ao dano contratual, abrindo espaço para uma objetivação da responsabilidade na figura do fornecedor, tendo em vista uma maior proteção dos consumidores.

¹²¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 192.

responder aos anseios de justiça e aos danos sofridos pela sociedade. Por outro lado, o citado autor também entende que a manutenção da legislação atual tendo como fito tão somente a compensação do dano representa um esforço inalcançável de tentar aproximar o indivíduo de seu *status quo ante*; por conseguinte urge que seja renovada e abrangida a função da responsabilidade civil para que passe a punir, o que permitiria uma promoção ao individualismo responsável traduzido por atividades empresariais que viveriam sob o risco de condenações pecuniárias. Fala-se aqui de um teor preventivo alicerçado em um estímulo de notado caráter pedagógico¹²², especialmente para as grandes empresas, a adotarem medidas de prevenção para que não ocorram reiteradas práticas danosas.¹²³

Essa tendência punitiva dentro da indenização por danos extrapatrimoniais, defendida por parte da doutrina¹²⁴, está muito relacionada com os grandes problemas fáticos enfrentados pelo Direito Penal que aparentemente não consegue dar uma resposta para a sociedade. Em que pese a grande evolução teórica acerca das penas e seus métodos de aplicação, os obstáculos para sua execução são praticamente intransponíveis, uma vez que a inexistência de cadeias que comportem presos de forma humanitária acaba por inviabilizar qualquer intenção

¹²² Nesse sentido, expõe-se os julgados: Dano moral. Inclusão do nome do autor em cadastros de inadimplentes em razão de dívidas quitadas. Indenização. Majoração para R\$ 5.000,00. Caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos morais. Juros de mora. Inaplicabilidade da S. 54 do STJ, por se tratar de responsabilidade contratual. Incidência a partir da citação. Recurso parcialmente provido. São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação 0000585-96.2012.8.26.0498. Apelante: André Rodrigo dos Santos. Apelado Dhoot's Indústria e Comércio de Confeções Ltda. Relatora: Desembargadora Maria Cláudia Bedotti. São Paulo, 26 de nov. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9023843&cdForo=0>>. Acesso em 29 de nov. 2015. APELAÇÃO CIVEL. NEGOCIOS JURIDICOS BANCARIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DEBITO C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Dano moral. Demonstrado nos autos que o valor descontado na conta-corrente do autor nunca foi contratado/utilizado por este, é nítida a ocorrência de falha na prestação de serviços e, por conseguinte, indevida a sua cobrança, impondo-se a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. Quantum indenizatório. Imperativa a majoração do patamar indenizatório alcançado pela sentença, mormente em face das características compensatória, pedagógica e punitiva da indenização. Incidência de juros. Tratando-se de ilícito contratual, os juros de mora devem incidir a partir da citação. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. UNÂNIME. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação 70067150078. Apelante: Ademir Santos dos Passos e Banrisul S.A. Apelados: Ademir Santos dos Passos e Banrisul. Relator: Desembargador Ergio Roque Menine. Porto Alegre, 26 de nov. 2015. Disponível em: <[¹²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067150078&num_processo=70067150078&codEmenta=6579984&temIntTeor=true.>. Acesso em 29 de nov. 2015.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹²⁴ Assim entendem Nelson Rosenvald, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Severo e Caroline Vaz. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 193-195. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pp. 209-214. SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 182-185. VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 97-102.

de ressocialização do apenado.¹²⁵ Acresce-se a isso a ineficiência das respostas oferecidas pelos Juizados Especiais Criminais que relegam à vítima uma sensação de impunidade. Nesse diapasão, aquelas ofensas aos direitos de personalidade inseridas nas hipóteses de menor potencial ofensivo, como são os casos de lesões leves, ameaça, vias de fato, calúnia, injúria e difamação, que deveriam ser punidas no âmbito Penal, acabam se transformando em apenas demandas civilistas em decorrência da insatisfação da condenação pela vítima, esta que busca, através de uma indenização, alguma punição econômica ao infrator que, de alguma forma, aplaque seu sentimento de injustiça. Tal prática é tipicamente de utilização de uma pena civil.

Percebe-se que a intenção de alcançar a prevenção geral carregada no bojo de uma condenação tipicamente punitiva, como são os *punitive damages*, possui a elogiosa pretensão de construir uma autorresponsabilidade dos agentes econômicos, através da figura da *deterrence*, o que significa garantir a efetividade da prestação jurisdicional e de fato tutelar os direitos individuais e coletivos por erigir um receio de elevadas condenações. Assim, além de compensar, vê-se a possibilidade de punir o infrator com o finto de desestimular a ocorrência do fato ilícito, através de um arbitramento que leve em consideração a conduta do agente, bem como sua capacidade financeira, ambos aspectos notoriamente semelhantes com as possibilidades de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos, consoante já esposado anteriormente nessa monografia.

Imprescindível, portanto, delimitar que a faceta punitiva da compensação extrapatrimonial não pode ser confundida com os *punitive damages*. Os *punitive damages* são uma condenação tipicamente penal inserida no âmbito privado, sendo um exemplo de pena civil defendida por alguns doutrinadores no Brasil.¹²⁶

Não se fala dessa possibilidade de aplicação no Brasil, por diversos motivos que se passa a analisar. Primeiramente, o ordenamento brasileiro está calcado em uma divisão das esferas de responsabilidade. Explica-se: aquilo que assume relevante gravidade, em função do perigo social que decorra do ato ilícito, será tratado como crime e assim sofrerá intervenção do Direito Penal. Diversamente, aquilo que toca tão somente ao particular ou se tratar de ilícito irrisório frente a gravidade vinculada à *ultima ratio* penal poderá ser plenamente resolvido dentro do âmbito do Direito Civil.

¹²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

¹²⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

Feita essa primeira divisão de funções e âmbitos de atuação das responsabilidades no ordenamento jurídico brasileiro, pela qual se vê que prestações puramente punitivas não fazem parte da seara civilista, imperioso trazer à baila críticas da esfera penal acerca do caráter preventivo buscado pela imposição de verdadeiras condenações pecuniárias no Direito Civil, uma vez que um dos principais argumentos para a aceitação dos *punitive damages* é a possibilidade de afastamento de reiterações de condutas ilícitas. A função preventiva nem sempre encontra respaldo com o tamanho da condenação ou a severidade da pena. De fato, a fiscalização do poder público é a principal forma de evitar a reincidência de condutas ilícitas, uma vez que a pena, em si mesma, não representa eficiente fator de prevenção.¹²⁷ A pena capital, por exemplo, permitida nos Estados Unidos, não traduz em si um menor número de ilícitos. Semelhantemente, faz-se o paralelo com a utilização dos *punitive damages*, em que sua aplicação não se traduz obrigatoriamente em resultados positivos ou em uma segurança que não haverá reincidência, face aos diversos *cases* previamente analisados.

Ademais, pautar um arbitramento tão somente na necessidade de prevenir a reiteração de prática delituosa pode acabar por ensejar uma crescente nos valores das condenações sem que haja qualquer tipo de limitações para os montantes destas, quebrando com o preceito básico da Responsabilidade Civil de reparar tanto quanto possível o dano perpetrado independentemente da espécie de dano suportado, uma vez que “não há fundamento específico para a responsabilidade civil quando se cuida de ressarcir o dano patrimonial, diverso daquele que determina a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais”.¹²⁸ Em outras palavras, não há motivo para que só pela dificuldade de determinar a reparação se passe a conceder funções à prestação pecuniária indenizatória de danos extrapatrimoniais que não tenham correlação com as de natureza material. Não há previsão legal que trate diversamente o tipo de dano com o efeito de determinar diferentes formas de reparação e para ambos os casos. Nesse sentido, lembra-se a clara vedação no ordenamento jurídico brasileiro de enriquecimento sem justa causa.

Portanto, ainda que se esteja diante da tortuosa tarefa de arbitrar o *quantum* reparatório de um dano moral, não se pode escapar dos preceitos básicos da Responsabilidade Civil e, mesmo assim, não se pode ir contra aquilo que entende o próprio Direito Penal no que tange à aplicação e justificativas da pena. Em suma, apesar de não ser possível, na indenização por

¹²⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 95.

¹²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

dano extrapatrimonial, afastar totalmente o caráter punitivo da condenação, necessita-se ter um grande cuidado na hora de seu arbitramento, para que ele não desvirtue a função essencial da Responsabilidade Civil que, como já dito, encerra o escopo único de indenizar o mais completamente possível os prejuízos suportados pela vítima decorrentes do ato danoso.¹²⁹

Nessa toada, não cabe entender pelo *caput* do art. 12 do Código Civil¹³⁰ uma permissão para que haja a possibilidade de aplicações de penas civis.¹³¹ Em verdade, fala-se ali tão somente na admissibilidade de incidência de outras esferas do Direito sobre um mesmo ato ilícito, mas nunca de uma possibilidade de acumulação da responsabilidade civil em também primordialmente punir. Assim, inexistente qualquer previsão legal de aplicação de condenação civil cujo teor seja flagrantemente punitivo, o que não satisfaz o brocardo da incidência punitiva do *nulla poena sine lege*, o que torna inconstitucional qualquer sanção civil.¹³²

Destarte, cumpre afastar qualquer possibilidade de aplicação dos *punitive damages* em sua forma estadunidense, ou seja, não há possibilidade de se condenar o agente do ilícito a uma quantia apartada do valor indenizatório tendo como função única a punição deste. Isso porque inexistente qualquer autorização legal para tanto, pois se trata de verdadeira pena cujo teor não encontra qualquer parâmetro no ordenamento brasileiro e mesmo em seus costumes jurídicos, cuja aplicação representaria verdadeira ruptura com o princípio da legalidade.¹³³ Também afirma Bruno Miragem que não há possibilidade de se falar em parcela adicional de indenização, visando a cumprir finalidade punitiva, distinguindo-se de outra com finalidade compensatória. Existe apenas um valor de indenização que será definido em função das características e extensão do dano.¹³⁴

Afastada a aplicação pura dos *punitive damages* por sua incongruência com o ordenamento jurídico nacional, cabe analisar o aspecto punitivo que de fato existe na indenização extrapatrimonial. No entanto, sua aplicação deve estar condicionada à satisfação

¹²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

¹³⁰ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹³¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 191.

¹³² VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009. pp. 83-86.

¹³³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 38.

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 393.

dos preceitos da reparação integral que representam o alicerce da responsabilidade civil, assim o que se vê é um efeito da compensação do ilícito, como seu escopo primordial, e não a punição, uma vez que há outras formas de se conceder uma tutela efetiva sem que seja excessivamente compensada a vítima de um dano, o que acaba por gerar novo dano e por cancelar o enriquecimento sem causa desta, cuja vedação é expressa no Código Civil.¹³⁵ Nesse sentido, assevera o Ministro Carlos Fernando Mathias no julgamento do REsp 401.358: “Ressalta-se que a aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento pátrio que anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002”.¹³⁶

¹³⁵ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹³⁶ PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. PROCURAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 254, DO CPC. INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO MAGISTRADO A PEDIDO DA PARTE. INTERESSE DE RECORRER. CUMULAÇÃO PEDIDO DE RESPOSTA COM INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESPOSTA EXTRAJUDICIAL. PRESSUPOSTO DESNECESSÁRIO. FORMATO. ARTIGO 30 DA LEI DE IMPRENSA. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA. TARIFAÇÃO INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. REVISÃO DA OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 5. “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso V). 6. Não há necessidade de anterior investida extrajudicial, nem tampouco, comprovação nos autos de resposta negativa, ao pedido do autor, para que seja legitimado o ingresso em Juízo, uma vez que está assegurado o acesso ao Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. (cf. REsp 469285 / SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 04/08/2003 p. 372). 7. Nos termos do artigo 30 da Lei de Imprensa, o direito de resposta consiste na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais. 8. Relativamente ao prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa, sabidamente ele não mais prevalece no atual ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição de 1988, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim àquele prazo, que previa sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa. 9. “Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas.” (REsp 226.956/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ:25/09/2000). 10. O Tribunal de origem é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, para aferir a ocorrência da ofensa alegada, sendo defeso a esta Corte Superior revisar tal entendimento, uma vez que demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, circunstância que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ. 11. É possível majorar ou reduzir o valor fixado como indenização por dano moral, em sede de recurso especial, por se tratar, nessa hipótese, de discussão acerca de matéria de direito e não de reexame do conjunto fático-probatório. 12. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. 13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o

Portanto, tem-se um dilema: é necessário buscar a reparação do dano, através de uma função satisfatória da vítima, porém se impõe também a necessidade de admitir indiretamente um caráter punitivo, sem que isso represente uma excessiva compensação que venha a ferir o óbice legal de enriquecimento sem causa. Frisa-se que não se trata de importação ou prática semelhante a dos *punitive damages*, mas sim de formas de se quantificar danos que, por sua natureza, são impossíveis de serem compensados perfeitamente, pois não se busca pagar pelo sofrimento da vítima.¹³⁷ A jurisprudência, conforme já previamente demonstrado pela lição de Paulo de Tarso Sanseverino, erigiu um método bifásico para quantificar a condenação pelos danos extrapatrimoniais: após a identificação do bem jurídico violado e a definição de uma base para a indenização, alicerçada em um montante mediano, costumeiramente concedido para casos semelhantes, e que corresponde à primeira fase do arbitramento, passa-se a uma análise de elementos objetivos e subjetivos para a concreção da indenização em correspondência aos elementos que compuseram o ato danoso, quais sejam: a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a intensidade do dolo ou o grau da culpa do agente, a eventual participação culposa do ofensor e as condições pessoais da vítima.¹³⁸

Esses elementos de concreção agem como atenuantes ou agravantes do *quantum* arbitrado. Não se espera punir, mas conceder ao ofendido uma reparação proporcional à qualidade do dano suportado. Quando se fala, portanto, no exame da gravidade do fato em si e nas consequências para o ofendido, busca-se cumprir o papel satisfativo da vítima em que a indenização se pautará pela extensão do dano.¹³⁹ De outra parte, quando se fala da intensidade do dolo ou da culpa, é inegável que se ingresse em um campo tipicamente de pena civil, mas

enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 14. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 15. *In casu*, o Tribunal *a quo* condenou à empresa ré em R\$90.000,00 (noventa mil reais) corrigidos, valor que, considerados os critérios utilizados por este STJ, se revela excessivo. 16. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, mormente o grau de ofensa causada à honra do autor, ante as acusações constantes do publicado, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, reduz-se a indenização para o valor de R\$ 20.750,00 (vinte mil, setecentos e cinquenta reais). 17. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. Recurso adesivo não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 401.358/PB. Recorrente: Editora Abril S/A. e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 05 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009> Acesso em 28 nov. 2015.

¹³⁷ 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, jan./mar. 2005. p. 23. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago.2015.

¹³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, PARGENDLER, *op. cit.*, p. 23.

que não deve destoar excessivamente daquele *quantum* base estipulado na primeira fase, uma vez que não se fala aqui em determinar uma punição, mas sim em tentar qualificar as condições em que se deu o dano para que seja possível uma indenização condizente. Essa prática está perfeitamente coerente com o sistema brasileiro, que admite a gradação da culpa, como está expressamente previsto nos artigos 944, parágrafo único¹⁴⁰ e 945¹⁴¹ do Código Civil, sem que isso ateste uma condição de pena civil dos *punitive damages*.

Há ainda a questão referente às condições econômicas do infrator e da vítima. Necessário cuidar, nesses dois aspectos, ao se arbitrar uma indenização, para que não se imponha condenação excessivamente alta a ponto de representar uma punição que inviabilize a atividade econômica (*overpunishment*) ou que repercuta em um ganho econômico para o indenizado que signifique um enriquecimento que não poderia ter acesso por vias ordinárias, fazendo do Poder Judiciário algo semelhante a uma loteria, conforme já anteriormente exposto nas críticas à aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos.¹⁴²

Esses instrumentos para o arbitramento da indenização de danos extrapatrimoniais, calcados em circunstâncias do ato ilícito, ainda que auxiliem os juízes na aplicação do montante indenizatório, não conseguem afastar totalmente o problema na compensação imaterial, visto que inexiste no Direito Civil qualquer indicação de mínimos ou máximos que informem ao julgador até que ponto está se compensado de forma proporcional à natureza do dano, ou se está impondo pena ao infrator. Essa margem discricionária concedida ao magistrado para definir a extensão da obrigação pecuniária reparatória nunca pode se desviar dos preceitos do princípio da reparação integral, sob pena de arruinar qualquer segurança jurídica para os jurisdicionados, sobremaneira para aqueles que exercem atividades de larga escala ou risco.

Diante de todos esses óbices à aplicação de uma função punitiva na indenização, talvez a denominação dessa faceta, atenta à conduta do agente do fato danoso, seja mais adequada se definida como função dissuasória, tendo em vista que a punição invariavelmente

¹⁴⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹⁴¹ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹⁴² STOLL, Hans. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 11, chapter 8. p. 102.

é confundida com os *punitive damages*.¹⁴³ Ainda que para o agente do dano a condenação seja tipicamente de caráter punitivo, uma vez que não há uma clara vinculação com a realidade patrimonial da vítima, não se afasta o âmbito essencial da Responsabilidade Civil, que é a tutela àquele que sofreu o ato danoso.

Entretanto, é notório que, quando se busca punir ou dissuadir o infrator, está se buscando prestar a mais completa tutela possível para a parte e para toda a sociedade, principalmente quando o ilícito suportado por um pode ser reprisado difusamente para a coletividade. Contudo, não se pode conceder a um indivíduo verbas que sejam para proteger possíveis condutas ou que sejam resultado de uma ação negligente que se pode reiterar. A existência de dano ou de sua comprovada existência futura (lucros cessantes) consiste na origem da obrigação de indenizar, não sendo passível de imputação ao infrator antes que este o pratique.¹⁴⁴

Nesse sentido, exceder o caráter reparatório repercute em aplicar uma sanção civil cuja execução acabará por beneficiar ilegítimamente a vítima, pois ela não sofreu ou não sofrerá o dano que se busca evitar através da aplicação excessiva da indenização. Essa superproteção, denominada de *overcompensation* nos Estados Unidos, traduzida pela concessão de elevados montantes aos sujeitos lesados a título de *punitive damages*, vem sendo duramente criticada e tendo adequações para manter a proporcionalidade no acréscimo patrimonial decorrente da procedência da ação indenizatória. Nesse sentido, há uma tendência de os valores pagos a título de pena civil serem revertidos para o Estado e para fundos específicos.¹⁴⁵ Nelson Rosenvald, reconhecendo essa ilegitimidade de auferir excessivo lucro com demanda ressarcitória, ainda que seja favorável à importação de um conceito de pena civil no ordenamento, afirma que os *punitive damages*, ou a imposição de uma indenização essencialmente punitiva, acarretam em um ganho inesperado – *windfall profits* – que é nitidamente inadequado no bojo de uma demanda envolvendo Responsabilidade Civil. Ademais, a percepção de elevadas quantias indenizatórias como pena civil poderia acabar por incentivar condutas descuidadas de consumidores, uma vez que se acena a possibilidade de se receber elevadas quantias.

Destarte, vê-se que a solução não é conceder ao lesado a soma referente ao risco de reiteração da conduta danosa, em que o interesse coletivo ameace a ser lesado. A ausência de

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 393.

¹⁴⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 559.

¹⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

legitimidade e os riscos em conceder elevadas quantias em demandas reparatórias que acabam por incentivar o ingresso em juízo de ações flagrantemente arrecadatórias faz com que se conclua que não existe razão para que se conceda ao lesado tão elevado valor. É impensável acreditar na construção de que o autor da demanda seja legítimo a receber valores excessivamente superiores por ter agido como “um porta-voz de um sentimento comum a uma coletividade de pessoas”.¹⁴⁶ Essa “supralegitimidade” em nenhum momento é chancelada pelo ordenamento jurídico brasileiro e não serve como afastamento da impossibilidade de auferir lucro sem causa.

A solução para que se tutelem danos que atinjam interesses coletivos ou difusos não é conceder verbas para um particular - já se viu que mesmo nos Estados Unidos essa posição está se reformando. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 concede ao Ministério Público a competência de tutelar os interesses transindividuais¹⁴⁷ (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico e paisagístico, pessoa portadora de deficiência, criança e adolescente, comunidade indígena e minorias ético-sociais).

Destarte, inexistente a necessidade de que se tente tutelar a coletividade através de uma condenação punitiva cujo ressarcimento seja concedido tão somente ao indivíduo que sofreu o fato danoso. O Ministério Público, inserido no bojo das atribuições da Ação Civil Pública pela Lei nº 7.347/85, tem total legitimidade para acionar o Poder Judiciário com o intuito de ver reparados os danos que extrapolem a ordem individual e de prevenir condutas que demonstrem poder causar grandes danos para os interesses coletivos¹⁴⁸, através de Termo de Ajustamento de Conduta. Ademais, a citada Lei também concede legitimidade para mover Ação Civil Pública à Defensoria Pública, à administração pública direta e indireta e às associações que preencham os requisitos específicos da lei.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

¹⁴⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁴⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 217. Também nesse sentido, Sérgio Severo conceitua: “Interesse coletivo faz referência a uma coletividade específica de pessoas, ao passo que no interesse difuso, o grupo é indeterminado ou de difícil reparação.” *In* SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.

¹⁴⁹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

Considera-se, assim, a Ação Civil Pública como o melhor instrumento para se buscar a responsabilização civil de pessoas jurídicas ou físicas que tenham agido de forma a gerar qualquer tipo de dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, ou ainda à própria ordem econômica.¹⁵⁰

Nesse sentido, afasta-se qualquer tipo de sustentação no sentido de que um caráter punitivo inserido na indenização de dano extrapatrimonial possa servir como forma de prevenir e punir o agente do ilícito, sob a justificativa de que se está tutelando toda a coletividade. Como amostra da atuação com o escopo de proteção dos interesses coletivos, é de grande relevo o entendimento dispensado pelo Ministro Humberto Martins no julgamento do Recurso Especial 1.509.923, em que é reconhecida a possibilidade de demandar pela defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores independentemente de anuência recíproca, de sorte a incentivar a prestação positiva de defesa do consumidor pela administração pública, além de determinar que os valores referentes à condenação de dano moral coletivo fossem repassados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.¹⁵¹ Salienta-se

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015

¹⁵⁰ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2009. p. 150. Também nesse sentido: SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17.

¹⁵¹ PROCESSO COLETIVO E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JOGOS DE AZAR.

BINGOS, CAÇA-NÍQUEIS E AFINS. SÚMULA VINCULANTE 2/STF. VEDAÇÃO PELA LEI 9.981/2000. INEXISTÊNCIA, POR ORA, DE LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZE A ATIVIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. 1. Na origem, o Ministério Público Federal e a União promoveram ação civil pública contra casas de bingos, caça-níqueis e demais jogos de azar, pleiteando a condenação em obrigações de fazer e não fazer atinentes à interdição da atividade, além de indenização por dano moral coletivo a ser revertida para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. 2. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido relativo às interdições, bem como apontou os efeitos dos jogos ilegais não só para o consumidor como também para a família, a coletividade, a economia e a saúde pública, também condenou as rés à indenização por dano moral coletivo, a ser apurada na fase de liquidação, sob o parâmetro de 20% da média arrecadada a partir da expiração das autorizações e elas concedidas até a efetiva interdição das atividades. O Tribunal de origem, em agravo regimental, reformou a sentença de primeiro grau para afastar a condenação das rés ao pagamento de dano moral coletivo. 3. É competência privativa da União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios. Nesse sentido, a Súmula Vinculante 2 considera "inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias" (STF, DJe 31, de 6/6/2007). 4. A exploração de casas de bingo chegou a ser permitida pela Lei 9.615/1998 (arts. 59 a 81), mas tais dispositivos legais foram revogados pela Lei 9.981/2000, a partir de 31/12/2001, "respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração" (art. 2º). A União detém a exploração direta de loterias federais ("jogos autorizados") e o Decreto 50.954/1961 incumbe a administração das loterias federais à Caixa Econômica Federal. Portanto, enquanto não sobrevier legislação que a autorize, a exploração comercial de

ainda que o dano moral foi reconhecido, uma vez que é direito básico do consumidor a prevenção e a reparação de danos morais pela via individual ou coletiva de fornecedor de serviço ilegal, como é exploração de jogos de bingo, porquanto as casas de bingo prejudicam não somente o jogador, mas também a sociedade em geral, pois exploram atividade ilícita prejudicial à sociedade e aos jogadores que acreditam estar dentro da lei, em clara ilusão aos consumidores.

Nessa toada, com a finalidade de proteger os interesses configuradores de direitos fundamentais, entre eles o direito de personalidade em apreço, a mencionada Lei 7.347/85 traz instrumentos como o inquérito civil, em que se concede ao Ministério Público poderes para promover investigação podendo requisitar informações, perícias e exames de pessoa jurídica de direito público ou particular.¹⁵²

Cabe ainda salientar a previsão insculpida no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, que estabelece a possibilidade de os órgãos públicos anteriormente citados como legítimos para promover esta demanda tomarem dos potenciais agentes do ato ilícito compromisso de ajustamento de conduta, mediante cominações legais que terão eficácia de título executivo extrajudicial, podendo haver nessas imposições multas tipicamente sancionatórias que fogem ao tema específico da presente monografia, mas demonstram a

jogos de bingo e de demais jogos de azar não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio vigente. 5. Quando os interesses e direitos individuais coletivamente considerados trazem repercussão social apta a transpor as pretensões particulares, autoriza-se sua tutela pela via coletiva (arts. 81 e 82 do CDC). 6. O art. 6º do CDC traz como direitos básicos do consumidor: "(...) I - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...) VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados". 7. A responsabilidade civil é objetiva, respondendo os réus, "independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (art. 12, caput, do CDC). 8. O dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos. Nesse sentido: REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 26/02/2010. Recurso especial interposto pelo Parquet foi conhecido e provido para restabelecer a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, na forma fixada pela sentença de primeiro grau. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.509.923/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Cadevi Centro de Apoio ao Deficiente Visual, HM Hotéis e Turismo S/A, Lua Brun Atividades Desportivas e Culturais LTDA-ME, 24 de Maio Produções e Entretenimentos LTDA, Carjogos Comércio e Organização de Eventos LTDA, Abrain Associação Brasileira dos Bingos. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500007770&dt_publicacao=22/10/2015> Acesso em: 28 de nov. 2015.

¹⁵² Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

existência de ferramentas punitivas para condutas que não obedeçam à norma.¹⁵³ Por conseguinte, Caroline Vaz assevera que, “através desse ajustamento de conduta, toma-se compromisso dos violadores efetivos e potenciais dos direitos transindividuais quanto ao cumprimento das medidas necessárias para a reparação integral ou para a prevenção dos danos causados aos direitos da coletividade”. Vislumbra-se aqui a satisfação da necessidade de efetividade da tutela jurisdicional de forma mais segura para a proteção dos direitos imateriais do que a aplicação de indenizações excessivas no âmbito particular. Ademais, os valores aqui arbitrados, seja em se tratando de multa por inobservância de direções previstas no Termo de Ajustamento de Conduta ou de Ação Civil Pública, são direcionados para entes que possuem legitimidade para recebê-los – como é o caso do Fundo de Defesa de Interesses Difusos -, em contraponto ao particular que receberia uma expressiva quantia em dinheiro sem que de fato fosse reparado o dano que toda aquela quantia visou a indenizar, qual seja, o dano suportado pela sociedade. Frisa-se que inexistente justificativa para que se recompense o autor particular por ter sofrido um dano que poderia ser de interesse coletivo.¹⁵⁴ A indenização possui o essencial papel de reparar tão perfeitamente quanto possível, e não de servir como punição com finalidade de controle dos indivíduos.

Portanto, afasta-se o principal argumento para que se aplique condenações de cunho essencialmente punitivo, inspirado na prática estadunidense dos *punitive damages*, que no ordenamento pátrio representa uma verdadeira pena civil, não há um risco de reiteração ou uma vantagem em promover o ilícito mesmo que de natureza tão sensível quanto a extrapatrimonial, uma vez que tudo aquilo que for alheio à relação individual poderá ser responsabilizado por Ação Civil Pública tendo como função a responsabilização dos danos que inflijam interesses transindividuais, ou simplesmente condutas que possam ser consideradas potencialmente danosas.

Destarte, a faceta punitiva que está encerrada na imposição da obrigação de indenizar dano extrapatrimonial tem relação tão somente com uma construção jurisprudencial e doutrinária no sentido de que se possa quantificar pecuniariamente um dano impossível de ser liquidado ou reparado de forma como normalmente se busca na Responsabilidade Civil. Não se pode admitir que esse efeito reflexo da compensação possa ser confundido com uma

¹⁵³ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

¹⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

possibilidade de introdução dos *punitive damages* ou de uma pena civil no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inexistente qualquer autorização legal nesse sentido.

Reconhece-se que é positiva a pretensão de impor caráter punitivo à indenização, com o intuito de se prestar uma maior efetividade jurisdicional ao impor elevadas quantias como condenação decorrente de atos ilícitos, para desestimular qualquer repetição do fato danoso, evitar qualquer lucro em consequência do ato ilícito e conceder uma resposta à vítima em seu sentimento de injustiça. Vê-se, no entanto, que sua prática representa um desvirtuamento inclusive da função da Justiça, que não pode ser utilizada como forma de enriquecer em função de demandas cuja única pretensão é auferir grandes quantias sem qualquer vinculação com o suposto dano suportado.

Ademais, viu-se que existe no sistema jurídico brasileiro a previsão da Ação Civil Pública, por meio da qual é perfeitamente possível a proteção da sociedade mesmo em sua esfera extrapatrimonial, tornando desnecessária a imposição de penas cujas justificativas sejam a possibilidade de danos reiterados ou de um risco para a sociedade.

Em suma, na reparação extrapatrimonial, utiliza-se primordialmente a função compensatória com seu aspecto satisfativo em observância ao princípio da reparação integral, que constitui o alicerce da Responsabilidade Civil. Sendo assim, garante-se que o valor da indenização guardará correspondência com o direito lesado. De outra parte, o aspecto punitivo apenas atua como concretização das peculiaridades das circunstâncias que permearam o ato danoso, sendo uma forma de auxiliar o magistrado na árdua tarefa de arbitrar equitativamente uma reparação que, por sua própria natureza, é impossível de ser alcançada pecuniariamente.¹⁵⁵

¹⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 290.

CONCLUSÃO

Inferiu-se que a quantificação dos danos extrapatrimoniais constitui uma tarefa de extrema dificuldade para o magistrado, que necessita encontrar elementos para que minimamente se consiga aplacar o dano suportado pela vítima. Diferentemente do que se observa na reparação do dano material, não se consegue visualizar claramente que a indenização do dano moral se limitará a reparar a quantidade de bens jurídicos lesados, por meio de um paralelo entre o *status quo ante* e o momento imediatamente posterior ao fato danoso.

Corroborar para a existência dessa dificuldade no arbitramento da obrigação indenizatória a falta de qualquer parâmetro legal que indique qual a natureza e quais os parâmetros específicos para que se alcance um valor adequado para reparar os atos danosos que atinjam o arcabouço imaterial do indivíduo ou mesmo da coletividade. Dessa falta de indicadores, conclui-se primeiramente que não se espera que a indenização imaterial possua finalidades diversas da reparação material, visto que ambas são consonantes com a função essencial da responsabilidade civil de reparar de forma tão completa quanto possível, para que a vítima ostente uma posição simétrica com a posição anterior, seja através de uma reparação *in natura* ou por meio de uma prestação pecuniária.

Agrava-se a essa situação o fato de que a aceitação doutrinária mais alargada acerca da indenizabilidade do dano extrapatrimonial chegou tardiamente ao Direito brasileiro. A sedimentação jurisprudencial sobre a admissibilidade da compensação extrapatrimonial independentemente de sua existência conjunta com danos materiais presentes e futuros é datada dos anos 1980, uma vez que prevista expressamente somente na Constituição Federal de 1988 e acompanhada pelo Código Civil de 2002.

Para completar essa lacuna legislativa, a doutrina e a jurisprudência buscam encontrar formas e indicativos para determinar esse *quantum*. Nesse sentido, é largamente conhecido o caráter penalizante que uma parcela da jurisprudência vem concedendo à reparação dos danos extrapatrimoniais. Vê-se que a expressão “dano moral” passou a designar situações que muitas vezes englobam meros aborrecimentos e que, de outra banda, passou a gerar reparações concedidas pelos magistrados com soluções divorciadas do ordenamento jurídico pátrio. Nesse diapasão, importante conceder ao instituto seriedade naquilo que configura

realmente dano aos bens da personalidade e aos demais interesses extrapatrimoniais, como o direito ao meio ambiente sadio, por exemplo.

Na esteira dessa urgência em afastar demandas meramente arrecadatórias, vê-se com maus olhos o fenômeno de importação dos *punitive damages*, principalmente por uma tentativa de utilização inadequada, mesmo se comparada com os parâmetros estabelecidos nos países de origem do instituto, sobremaneira nos Estados Unidos.

O Direito Comparado, principalmente pelo método funcional que se debruça em uma análise fundada nas funções dos institutos em detrimento de sua natureza, atua com uma finalidade de interpretação e reconstrução, que constitui uma importante ferramenta para que se preencham lacunas no Direito local através de influências estrangeiras. Nesse diapasão, através de uma microcomparação dos institutos da natureza das funções indenizatórias, viu-se na figura dos *punitive damages* uma seara aparentemente utilizável para sanar e prestar uma efetiva resposta aos jurisdicionados que sofreram danos imateriais.

Entretanto, como já visto, é inviável a utilização de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, e, mesmo nos Estados Unidos, o instituto sofre grandes críticas por parte da doutrina - dentre elas, ganha relevo a falta de proporcionalidade e de conhecimento técnico dos jurados em arbitrar valores referentes aos *punitive damages*, sem falar no crescente número de demandas cuja finalidade está em auferir tão somente benefícios financeiros.

No Brasil, a aplicação de uma condenação tipicamente penal dentro do âmbito civil de forma apartada e sem critérios legais – como seria o caso da aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro - acaba por dificultar ainda mais e criar maiores riscos de arbitramentos inadequados, sem mencionar o retrocesso que representa confundir novamente as esferas de responsabilidade civil e penal que paulatinamente vêm se separando nos países da família do *Civil Law*. Vê-se claramente, no ordenamento jurídico brasileiro, a especialidade de cada função das esferas da responsabilidade que devem coexistir, porém com vieses diversos. O Direito Penal, em que pesem suas inúmeras discussões acerca da finalidade das sanções como consequência da responsabilização criminal, pode ser sintetizado como a necessidade de imputar ao agente do ilícito uma pena - nota-se claramente que a atenção e a fixação da condenação estão direcionadas ao agente. Diversamente, no âmbito da Responsabilidade Civil, a atenção é voltada à vítima, visto que se busca a reparação do dano, e não a punição do patrocinador do evento danoso.

Essa diferença é primordial para que se defina o rumo que se deve buscar ao quantificar a reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial, pois, ainda que de formas diferentes, busca-se sempre observar o princípio da reparação integral. No ordenamento brasileiro, a função compensatória como tutela satisfativa ao dano extrapatrimonial corresponde à concepção mais congruente com o previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, entre os critérios que devem pautar a mensuração da reparação do dano moral, há de ser considerada a gravidade e a extensão do dano, sendo assim essencialmente atendido o postulado da proporcionalidade e da vinculação ao dano. Ademais, quando na concreção da quantificação, tendo em vista as circunstâncias específicas do episódio danoso, é perfeitamente aplicável a gravidade da culpa do lesante, a eventual culpa do lesado, as condições econômicas do lesado e do lesante - tais aspectos são semelhantes aos inculpidos na esfera penal para a definição da pena. Contudo, esses parâmetros agem somente para auxiliar na complicada tarefa de determinar a quantia indenizatória, pois não há espaço para, a partir disso, se entender que se possa introduzir os *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. De forma alguma se pode determinar uma “sobre-indenização” puramente punitiva sem que isso represente um rompimento com o princípio da legalidade, que constitui a base para qualquer atividade punitiva chancelada pelo Estado.

Nesse sentido, é clara a opção pelo arbitramento como método mais adequado para que se chegue ao montante indenizatório. Ainda que represente uma ampla discricionariedade do magistrado, percebe-se que sua aplicação permite analisar de forma mais satisfatória as situações do ato ilícito do que um método por tarifações, como previsto na Lei da Imprensa, que se mostra insuficiente para se dar uma compensação devida ao caso prático. Assim, cabe ao juiz decidir de forma proporcional e identificar parâmetros como os expostos para que, de alguma forma, conceda ao lesado uma compensação mínima. É inegável que, pela ótica do ofensor, tal condenação possuirá um caráter iminente punitivo, mas isso é apenas um efeito indireto da obrigação de reparar e não sustenta qualquer fundamento para que se imponham penas civis totalmente desvinculadas da extensão do dano. O juiz necessariamente deverá arbitrar a reparação do dano moral de forma que não repercuta em uma prestação injusta e insuportável que acabe por gerar novo dano, apenas sendo este diverso do primeiro dano por ser chancelado pelo Poder Judiciário. Fala-se aqui em dano, pois não há autorização legal para que isso ocorra, face à vedação expressa no ordenamento jurídico nacional do enriquecimento ilícito. Este é verificado na experiência dos *punitive damages* nos países de

Common Law e, desautorizadamente, se tenta trazer para a realidade jurídica brasileira, sob o pretexto de que, através dessa indenização punitiva, os jurisdicionados, principalmente aqueles agentes de grande relevância econômica, possam receio em pagar elevadas quantias, o que serviria como forma de garantir que passem a praticar condutas seguras para os indivíduos e para a sociedade.

Assim exsurge a construção jurisprudencial do arbitramento dividida em duas etapas: a primeira atenta à natureza do direito violado; e a segunda diz respeito a uma análise das circunstâncias que possam elevar ou reduzir o montante indenizatório. É verdade que com isso não se permite que a vítima refaça seu sofrimento, mas é a compensação que permite um mínimo de conforto sem que se transforme o fato danoso em algo desejável em função de um possível locupletamento.

De outra parte, contrariamente do que afirmado pelos defensores dos *punitives damages* e de sua inserção no ordenamento brasileiro (que vislumbram no renascimento das penas civis uma forma de a Responsabilidade Civil se modernizar e passar a tutelar de forma mais eficiente uma sociedade marcadamente mercadológica), já existem outros instrumentos que garantem a prevenção da sociedade dos atos ilícitos praticados pelas grandes empresas. Nesse sentido, ganha relevância a Ação Civil Pública, como a forma adequada para que se protejam os interesses coletivos. O Ministério Público e a Defensoria Pública, entre outras entidades previstas na Lei da Ação Civil Pública, possuem a legitimidade para que demandem contra pessoas jurídicas de direito privado e direito público que ajam de forma danosa ou que estejam agindo sem atentar aos níveis mínimos de segurança e de proteção dos interesses coletivos e difusos, como nos casos de relações consumeristas e acidentes ambientais.

Assim, fica patente a incongruência em conceder ao particular somas elevadíssimas sob uma justificativa de que este merece ser premiado por ter trazido demanda de grande importância para a sociedade. É claro que a Responsabilidade Civil não tem o fito de premiar a vítima e muito menos de tutelar toda a comunidade através de uma indenização, nem mesmo por um caráter preventivo de uma imposição de *quantum* indenizatório elevado. Outrossim, nessa mesma citada Lei da Ação Civil Pública, está previsto o Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual os legitimados para ingressar com a ação podem ajustar termo que force os agentes a modificarem suas condutas para que preventivamente deixem de ser possíveis sujeitos de danos - acresce-se a isso, ainda, a possibilidade de se impor multas cujo teor é notadamente punitivo. Por conseguinte, inexistente motivo para que se entenda

necessário importar instrumento estrangeiro, oriundo de tradição jurídica alheia à brasileira, para que se possa efetivamente reparar os danos sofridos e impedir que eles voltem a ocorrer.

Sinteticamente, ainda que se vislumbre aspectos oriundos de uma origem comum da responsabilidade civil e penal na reparação do dano extrapatrimonial, face à impossibilidade de se justificar a imposição de obrigação pecuniária na perda não patrimonial, isso não autoriza a dizer que se necessita recorrer a penas civis para que se tutele o ofendido e a sociedade. Em verdade, é necessário que se seja coeso com o escopo da Responsabilidade Civil e não se busque em outros ordenamentos institutos que aparentemente podem gerar um sentimento de justiça através da punição de condutas danosas. Este aspecto é claramente de competência do Direito Penal no ordenamento brasileiro, e deverá seguir os princípios atinentes a este âmbito jurídico.

A faceta punitiva inserida na indenização extrapatrimonial atua como uma forma de identificar a natureza do ato ilícito, sendo um instrumento para que o julgador possa quantificar de forma equitativa a prestação pecuniária. Frisa-se, não se pode confundir essa construção jurisprudencial de arbitramento com uma aceitação ou imposição de penas civis. A Responsabilidade Civil não tem essa função e não se pode entender que sob uma fundamentação de proteção da sociedade passe a ter, haja vista que se possui outras ferramentas adequadas para esse fim, consoante extensamente exposto nessa monografia.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANE, Peter. **Atiyah's Accidents, Compensation and the Law**. Cambridge University Press, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol.2. São Paulo: Saraiva, 2012.

CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito*. Unisinos - São Leopoldo. v.6, n.2, jul. /set. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/479>>. Acesso em: 30 nov. 2015,

DA SILVA, Américo Luís Martins. **O Dano Moral e sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOLLAENDER, Arnon. **The Landmark dictionary: para estudantes brasileiros de inglês**. 4. ed. São Paulo. Moderna, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**. Revista CEJ, Brasília, nº 28, janeiro/março 2005. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823> >. Acesso em 25 ago. 2015.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano moral, dano material e reparação**. 5. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 22.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 26.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955-1972, t. 54.

ROSEVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral – doutrina, jurisprudência e prática**. Leme: Editora de Direito, 1997.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, t. 1.

STOLL, Hans. **International Encyclopaedia of Comparative Law**. vol. 11, chapter 8.

SUNSTEIN, Cass R. **Punitive Damages: How Juries Decide**. *Chicago*: The University of Chicago Press, 2002.

TUNC, André. **International Encyclopedia of Comparative Law**. vol. 11, chapter 1.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JURISPRUDENCIAIS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/15178541987212d9?projector=1>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 164.126/RJ. Recorrente: Vanete Duque Estrada Fontaninha. Recorrido: Companhia Municipal de Limpeza Urbana - Comlurb. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 20 ago. 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800099930&dt_publicacao=23/11/1998>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental 850.273/BA. Agravante: Gildásia dos Santos e Santos – Espólio, Jaciara Ribeiro dos Santos – Inventariante. Agravado: Editora Gráfica Universal LTDA. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.509.923/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Cadevi Centro de Apoio ao Deficiente Visual, HM Hotéis e Turismo S/A, Lua Brun Atividades Desportivas e Culturais LTDA-ME, 24 de Maio Produções e Entretenimentos LTDA, Carjogos Comércio e Organização de Eventos LTDA, Abrain Associação Brasileira dos Bingos. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500007770&dt_publicacao=22/10/2015> Acesso em: 28 de nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 401.358/PB. Recorrente: Editora Abril S/A. e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorrido: os mesmos. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 05 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009> Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 416.846/SP. Recorrente: Rápido D'Oeste LTDA. Recorrido: Arthur Danton Corrêa Vicentini. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 05 nov. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200219913&dt_publicacao=07/04/2003>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 53.321/RJ. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: Eduardo Mayr. Relator: Ministro Nilson Alves. Brasília, 16 set. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400265239&dt_publicacao=24/11/1997> Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 710.879/MG. Recorrente: Vital da Silva Vieira. Recorrido: União Transportes Interestadual de Luxo S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=710879&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 28 nov. 2015.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação 70067150078. Apelante: Ademir Santos dos Passos e Bannisul S.A. Apelados: Ademir Santos dos Passos e Bannisul. Relator: Desembargador Ergio Roque Menine. Porto Alegre, 26 de nov. 2015. Disponível em: <[São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação 0000585-96.2012.8.26.0498. Apelante: André Rodrigo dos Santos. Apelado Dhoot's Indústria e Comércio de Confecções Ltda. Relatora: Desembargadora Maria Cláudia Bedotti. São Paulo, 26 de nov. 2015. Disponível em:](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70067150078&num_processo=70067150078&codEmenta=6579984&temIntTeor=true.>.>. Acesso em: 29 nov. 2015.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9023843&cdForo=0>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. CONSTITUTION. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: 15 nov. 2015.