

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

Gabriel de Abreu Schuster

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO
NO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Porto Alegre/RS

2022

Gabriel de Abreu Schuster

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO
NO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito para
graduação do Curso de Graduação em
Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientadora: Prof.^a Dra. Tula Wesendonck

Porto Alegre/RS

2022

Gabriel de Abreu Schuster

**A (IM)POSSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO
NO DANO EXTRAPATRIMONIAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Tula Wesendonck

Aprovado em: 05/10/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Tula Wesendonck

Prof. André Perin Schmidt Neto

Prof. Felipe Kirchner

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que sempre incentivaram o caminho dos estudos e esforço como a melhor forma de se alcançar o destino desejado. Em especial, agradeço à minha mãe, cujo amor sempre foi capaz de ultrapassar qualquer percalço e, através do exemplo, mostrou-me o poder de acreditar em si. Chego ao final de um importante ciclo graças a vocês.

Aos meus familiares, em especial, meu padrasto Marcelo, minhas avós - Elizabeth e Zenaira -, meus padrinhos – Adriano e Letícia, bem como meu querido primo Tiago. Vocês possuem um lugar especial em meu peito.

Aos meus amigos, que sempre foram porto seguro e garantiram momentos de alegria em meio à rotina exaustiva do fim da graduação e prestaram conselhos quando necessários. Em especial, agradeço aos amigos Gabriel Leite, Adriano Feck, Pedro Homem e Lucas Ventura por se fazerem presentes quando necessário e por tantas boas lembranças. Sou afortunado por ter vocês em minha vida.

Aos amigos que fiz ao longo do curso, agradeço por tornarem esta jornada mais leve. Em especial, aos amigos Jessica Pereira e Pedro Ardoino Francisco Nogueira, os quais compartilho boas memórias e carrego a certeza de que foram verdadeiros presentes da Universidade.

Aos colegas da 5ª Vara da Fazenda Pública do foro central da comarca de Porto Alegre e do escritório MRB Advocacia Empresarial pelos ensinamentos difíceis de serem alcançados dentro da sala de aula.

Aos professores que tive durante minha jornada pelo curso de bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS) e, em especial, à Professora Tula que, não apenas orientou este trabalho – com paciência e dedicação -, mas também me incentivou a ser mais presente na Academia. Professora, suas aulas foram responsáveis pelo interesse nesta pesquisa e sempre lhe serei grato por isso.

RESUMO

Frente à recorrente menção do caráter punitivo em indenizações pelo dano extrapatrimonial em nossa jurisprudência, o presente trabalho busca analisar as fontes à nossa disposição para se deduzir a compatibilidade (ou não) da indenização punitiva em nosso ordenamento. Inicialmente, foram apresentados conceitos de responsabilidade civil necessários para o trabalho e, posteriormente, apresentados os *punitive damages* na cultura norte americana e as tentativas do Legislativo em importar este instituto e positivá-lo no ordenamento brasileiro. Sobre o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial, foi empregado o método dialético para análise das posições doutrinárias antagônicas acerca do assunto e as diferentes razões e fundamentos empregados por cada corrente. Ainda, foram coletados e analisados diferentes julgados que tratavam do presente assunto estudado a fim de se verificar as consequências jurídicas provenientes dessas decisões. Por fim, foram apresentados os motivos pelos quais a indenização punitiva não é adequada ao nosso ordenamento e as exceções à mencionada incompatibilidade.

Palavras-chave: responsabilidade civil; reparação; função punitiva; *Punitive damages*.

ABSTRACT

Faced with the recurring mention of the punitive nature of compensation for moral damages in our jurisprudence, this paper seeks to analyze the sources at our disposal to deduce the compatibility (or not) of punitive damages in our legal system. Initially, concepts of civil liability necessary for the work were presented and, later, punitive damages in the North American experience and the Legislative's attempts to import this institute and make it positive in the Brazilian legal system were presented. Regarding the punitive nature of compensation for moral damage, the dialectical method was used to analyze the antagonistic doctrinal positions on the subject and the different reasons and foundations used by each current. Still, different judgments were collected and analyzed that dealt with the present subject studied in order to verify the legal consequences arising from these decisions. Finally, the reasons why punitive damages are not adequate to our legal system and the exceptions to the aforementioned incompatibility were presented.

Keywords: civil responsibility; repair; punitive function; punitive damages.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	09
2.1	Contexto histórico e conceito.....	09
2.2	Danos extrapatrimoniais	11
2.3	Modalidades de responsabilidade civil.....	14
2.4	Arbitramento do <i>quantum debeat</i> pelo dano extrapatrimonial	17
3	A INDENIZAÇÃO PUNITIVA.....	22
3.1	Os <i>punitive damages</i> no sistema norte americano	22
3.2	A importação da indenização punitiva ao Brasil.....	26
4	TRATAMENTO DADO PELAS FONTES À INDENIZAÇÃO PELO DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	32
4.1	Disposições legais e tratamento dado pela doutrina	32
4.2	O caráter punitivo sob o prisma da jurisprudência	42
5	A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O ORDENAMENTO BRASILEIRO	49
5.1	Ausência de previsão legal que permita a indenização punitiva.....	49
5.2	Princípio da reparação integral	50
5.3	Cláusulas gerais	52
5.4	Responsabilidade civil objetiva.....	53
6	EXCEÇÕES À INCOMPATIBILIDADE.....	55
6.1	A afronta à consciência social e a prática danosa reiterada	55
6.2	Dano à coletividade	56
6.3	Indenizações não pecuniárias	58
7	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais é pautada pelo princípio da reparação integral. Apesar da doutrina admitir que a reparação integral por um dano extrapatrimonial seja algo ideal e não realista, certo é que tal princípio serve de norte para uma reparação equitativa e atenta às peculiaridades do caso concreto.

Contudo, o que se percebe de doutrinas como a de Nelson Rosenvald¹, é uma atual busca pela multifuncionalização da responsabilidade civil, sendo que, uma das funções que tem encontrado grande destaque doutrinário e respaldo jurisprudencial se trata da função punitiva da responsabilidade civil.

A função punitiva da responsabilidade civil se concretiza no arbitramento da indenização pelo dano extrapatrimonial, visto que a indenização é majorada com o intuito de punir o ofensor e, para tanto, é atribuída do caráter punitivo que possui como principal característica a análise acerca do grau de culpa do réu pela ofensa².

O caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial se originou de um sentimento de insatisfação social pela ineficiência do sistema penal para punir transgressores da lei – buscando passar ao sistema cível a prerrogativa de puni-los. Nesse contexto, houve uma tentativa legislativa de importação do instituto dos *punitive damages* do direito norte americano ao nosso sistema³. Apesar do intento ter falhado e não termos os *punitive damages* positivados na legislação pátria, a utilização do caráter punitivo no arbitramento da indenização acaba por se traduzir em uma anormal espécie de indenização punitiva pelo dano extrapatrimonial.

Nesse aspecto, Judith Martins-Costa adverte que: “soluções advindas de outros sistemas jurídicos são por vezes transplantadas acriticamente, sem que o intérprete tenha em vista a integralidade do entorno normativo que originou determinada solução⁴”. Dessa forma, este trabalho irá analisar se tal importação foi feita adequadamente e se realmente o instituto em questão possui suporte em nosso ordenamento.

¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 276.

³ *Ibidem*, p.. 7-12.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 610.

Convém mencionar que possibilidade do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial é muito controvertida em âmbito doutrinário, sendo que as duas correntes possuem renomados operadores do direito defendendo-as e apresentando diferentes ângulos e aspectos de uma discussão complexa e necessária.

Em suma, o presente trabalho possui como escopo analisar a possibilidade de incidência do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial sob o prisma de três das principais fontes ao nosso dispor: legislação, doutrina e jurisprudência.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema deste trabalho é abarcado pela disciplina de responsabilidade civil. Assim, a fim de melhor compreender os institutos e temas intrínsecos ao estudo do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial, este capítulo inicial trata do contexto histórico da responsabilidade civil e traz conceitos que serão importantes à conclusão do trabalho.

2.1 Contexto histórico e conceito

A Responsabilidade Civil é fruto de um longo processo evolutivo que, sob a égide do Código Civil de 1916, possuía apenas um único artigo dispendo sobre ela, a saber, o art. 159⁵, consagrando uma responsabilidade subjetiva e com culpa provada.

Desde então, ao longo do século XX, conforme apresentado por Cavalieri⁶, esta é a área da ciência do direito que mais sofreu mudanças, passando por verdadeira revolução de sua abrangência de estudos e conceito, sendo tal revolução representada pelo grande aumento de trabalhos doutrinários sobre o assunto e notória produção legislativa acerca da Responsabilidade Civil.

Como bem ilustrado pelo autor supracitado, a própria Revolução Industrial deu azo para o crescimento de subsídios ao estudo da Responsabilidade Civil. Com efeito, o surgimento de máquinas mais qualificadas gerando a massificação de produtos para a venda através de atacadistas, teve como corolário o chamado dano em série. Ou seja, houve uma crescente exponencial de litígios cujo objeto centrava-se na responsabilidade civil⁷.

Juntamente à revolução industrial, vieram as mudanças políticas que, inevitavelmente, também acarretaram em necessárias mudanças à responsabilidade civil.

O Estado Social que veio como contraponto ao Estado Liberal Clássico, teve importante papel na busca da justiça social, visto que passou a intervir diretamente

⁵ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2.

⁷ *Idem*.

na sociedade, com ênfase no domínio econômico, na economia de mercado, especialmente em setores socialmente débeis, para combater abusos, preservar a justiça social e o bem-estar dos cidadãos⁸.

Com a mudança referida acima, houve importante deslocamento do escopo da Responsabilidade Civil, que passou da obrigação do ofensor em responder por sua culpa para o direito da vítima de ter reparada a sua perda⁹. Ou seja, houve a passagem de foco “do ato ilícito para o dano injusto”¹⁰.

Nada obstante, imperioso destacar que a responsabilidade civil por danos possui como característica intrínseca a sua associação ao estado jurisprudencial de seu tempo. Ou seja, ainda que sejam conhecidos os requisitos para a vinculação da responsabilidade civil, os operadores do Direito sempre dependerão da compreensão cultural acerca da noção de falha da conduta humana, dos riscos a que se expõem os agentes e vítimas e de que modo devem suportá-los. A sociedade contemporânea, sob intensa transformação, observa essa compreensão ser retratada e reformulada muitas vezes pela jurisprudência¹¹.

Desta forma, passando-se a uma análise do contexto brasileiro, de salutar importância destacar que, no que toca ao atual Código Civil Brasileiro, este teve a sua concepção em 1975, em uma época em que prevalecia um entendimento individualista e patrimonialista, ou seja, em total descompasso com os valores e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988. Assim, tendo em vista o caráter antropocêntrico com especial relevância à Dignidade Humana oriundo da atual Carta Magna¹², o Código Civil de 2002 deve ser interpretado pela doutrina e jurisprudência de modo a superar a discrepância existente entre o seu projeto original e os valores previstos na Constituição Federal de 1988¹³.

Atualmente, o instituto da responsabilidade civil possui um sistema complexo que atua a partir do diálogo das fontes, ou seja, iniciando-se pela Constituição, passa-se às Leis Especiais e, finalmente, ao Código Civil. Ainda, o ordenamento

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 12.

¹⁰ GOMES, Orlando 1980, p. 296 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 13.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 44.

¹² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p. 245-248, 2000.

¹³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, p. 3, 2002.

brasileiro possui uma peculiaridade oriunda de sua evolução doutrinária no que toca às cláusulas gerais de responsabilidade objetiva. No atual código brasileiro, convivem, lado a lado, várias espécies de responsabilidade, exigindo do intérprete e aplicador do Direito uma tarefa muito mais complexa do que aquela que tinha de realizar quando todo o sistema estava praticamente baseado no art. 159 do Código Civil anterior¹⁴.

Sobre as cláusulas gerais, estas se tratam de técnica legislativa cuja função é trazer abertura e mobilidade ao sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura se traduz no ingresso de princípios, máximas de conduta, standards e diretivas sociais e econômicas ao ordenamento, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a adequação valorativa do sistema¹⁵.

O que se tem percebido é que, diante da percepção de que nem mesmo a intensa produção legislativa é capaz de dar conta de todas as novas situações sociais, o legislador se vale cada vez mais de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras normas de conteúdo aberto, que permitem atribuir alguma disciplina normativa às situações novas e imprevistas¹⁶.

Assim, de forma pragmática, o Desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Melo, conceitua a Responsabilidade Civil como o dever de reparar o dano. Elucida que: “podemos definir a responsabilidade civil como a obrigação patrimonial de reparar o dano material ou compensar o dano extrapatrimonial causado ao ofendido pela inobservância por parte do ofensor de um dever jurídico legal ou convencional¹⁷”.

Apresentado, em suma, a contextualização e conceituação da Responsabilidade Civil, agora necessário analisar o conceito de danos extrapatrimoniais.

2.2 Danos extrapatrimoniais

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 6.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 174.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

¹⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

Tratando o presente trabalho sobre a indenização oriunda de danos extrapatrimoniais, imperioso se faz uma análise acerca da evolução doutrinária dos danos extrapatrimoniais e a sua atual definição.

Historicamente, a abordagem ao tema do dano extrapatrimonial já se fazia presente desde o Código de Hamurabi, na Babilônia, quase 2.000 anos antes de Cristo. Pautado pela vingança (“olho por olho, dente por dente”), se admitia, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de certo valor em dinheiro, permitindo aos estudiosos entrever, nisso, a presença embrionária da ideia que resultou, modernamente, na “teoria da compensação econômica, satisfatória dos danos extrapatrimoniais¹⁸”.

Por mais estranho que possa ser uma visão retrospectiva acerca da conceituação dos danos extrapatrimoniais e sua indenização, não podemos analisar o passado de forma anacrônica, devendo examiná-lo a partir de seu contexto maior, a fim de não apenas aprender com ele, mas compreender a razão das mudanças estudadas.

Assim, conforme lecionado por Cavaliere¹⁹, até adentrarmos ao entendimento atual acerca da conceituação do dano extrapatrimonial e a sua conseqüente compensação, passamos por duas principais fases, ou seja: da irreparabilidade do dano extrapatrimonial e da inacumulabilidade do dano extrapatrimonial e material.

Inicialmente, era negada a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor. Com isso, somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária (*numerus clausus*²⁰).

Contudo, com o passar do tempo, o equívoco de tal pensamento restou demonstrado, ao entendermos que a indenização não passa de uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima²¹. Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admitiu, pela primeira vez, a reparação do dano extrapatrimonial em 1966 (RTJ 39/38-44). A jurisprudência, contudo, continuou

¹⁸ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 253.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 101.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*

hesitante até 1988, quando, por força de previsão expressa no texto constitucional, a reparabilidade do dano extrapatrimonial tornou-se incontestável²².

No que toca à segunda fase, insta destacar que o Brasil permaneceu nela até a entrada em vigor da atual Constituição Federal. Nesta fase, em que pese houvesse o entendimento pela legalidade da reparação pelo dano extrapatrimonial, esta deveria ser requerida de forma autônoma. Ou seja, não havia a compreensão de que o dano extrapatrimonial e o patrimonial atingiam diferentes esferas da pessoa: patrimônio e personalidade. Logo, o pensamento que vigorava é que o dano material deveria absorver o extrapatrimonial, afastando, obviamente, a reparação deste.

Atualmente, causa espécie que danos extrapatrimoniais e patrimoniais não pudessem ser indenizados apartadamente com arbitramentos individuais. Pois bem, conforme muito bem ressaltado pelo Doutrinador Sergio Cavalieri, o Supremo Tribunal Federal, em vista de que o dano extrapatrimonial atinge bens ligados aos direitos fundamentais do homem, passou a admitir a cumulatividade do dano extrapatrimonial e patrimonial, desde que pleiteado pelo ofendido²³.

Desta forma, uma vez promulgada a Constituição Federal de 1988, houve expressa previsão sobre a reparabilidade do dano (art. 5º, incisos V e X), assim como, posteriormente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, incisos VI e VII e o Código Civil seguiu a mesma linha em seu art. 186. Assim, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento pela cumulatividade das indenizações por dano patrimonial e extrapatrimonial oriundas de mesmo fato em sua Súmula 37²⁴.

Assim dispõe a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça e os seus precedentes:

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Precedentes:

REsp 1.604-SP (4ª T, 09.10.1991-DJ 11.11.1991)

REsp 3.229-RJ (3ª T, 10.06.1991- DJ 05.08.1991)

REsp 3.604-SP (2ª T, 19.09.1990-DJ22.10.1990)

REsp 4.236-RJ (3ª T, 04.06.1991- DJ 01.07.1991)

²² SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 176.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 102.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 4.

REsp 10.536-RJ (3ª T, 21.06.1991-DJ 19.08.1991)
REsp 11.177-SP (4ª T, 1º.10.1991- DJ 04.11.1991)

Por fim, ao conceituar o dano extrapatrimonial, Sérgio Cavalieri elucidou que, à luz da Constituição vigente, o dano extrapatrimonial possui dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo.

Em sentido estrito, dano extrapatrimonial é a violação do direito à dignidade, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas²⁵.

Já de modo amplo, dano extrapatrimonial é a violação de algum direito ou atributo da personalidade, sendo que a personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana²⁶ (inclusos a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas e direitos autorais).

Desse modo, já podemos verificar o quão dificultosa é a atribuição do Magistrado ao ter de arbitrar a indenização por danos extrapatrimoniais em uma matéria nitidamente casuística. Nesse diapasão, o presente trabalho irá demonstrar como a aplicação das cláusulas gerais previstas no Código Civil sobre a presente matéria representam uma das razões pelas quais o caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial não é compatível ao nosso ordenamento.

2.3 Modalidades de responsabilidade civil

A responsabilidade civil se divide em três modalidades: objetiva, subjetiva e subjetiva com culpa presumida. Anderson Schreiber, ao tratar das tendências da responsabilidade civil, menciona que, sob o tradicional sistema de responsabilidade civil, a sociedade civil possuía duas barreiras para ajuizar ação por danos extrapatrimoniais – conhecidas como filtros da responsabilidade civil: (i) a

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 100.

²⁶ *Idem*.

demonstração do caráter culposo lato sensu da conduta do ofensor, e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano²⁷.

Assim, até que houvesse a chamada “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil²⁸”, as ações pautadas na responsabilidade civil possuíam uma inexorável fundamentação na culpa do ofensor.

No que toca a responsabilidade civil subjetiva, Bruno Miragem ensina que ocorre a imputação da sanção ao agente quando identificado em sua conduta, causadora do resultado antijurídico, culpa ou dolo. Nesse caso, fala-se em culpa em sentido amplo, quando se estiver à frente da situação na qual o dano decorre de negligência ou imprudência do agente ou nas situações em que o dolo seja identificado, ou seja, há a vontade de causar o dano. Já a culpa em sentido estrito quando presentes a negligência e a imprudência, porém não o dolo²⁹.

Desse modo, haverá responsabilidade subjetiva quando a lei, ao definir a obrigação de indenizar, exigir que ela seja imputável a determinada pessoa para a qual o dano tenha resultado de um motor subjetivo da sua conduta: culpa ou dolo³⁰.

Verifica-se a responsabilidade civil subjetiva no direito brasileiro pela previsão no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Exige-se, no caso concreto, que seja demonstrada a culpa daquele a quem se pretende imputar a obrigação de indenizar.

Sobre a responsabilidade civil em sua modalidade objetiva, esta se torna significativa quando entendemos o problema oriundo do ônus probatório da culpa e a chamada prova diabólica.

Com efeito, a prova da culpa, era denominada prova diabólica diante das dificuldades que trazia, no século XIX, às vítimas de danos derivados do maquinismo industrial e a revolução da época³¹.

Sobre os acidentes industriais, refere-se que, à medida que a produção passou a ser mecanizada e os operários divididos no sistema de *fordismo*, aumentou o número de acidentes, e os trabalhadores restavam desamparados diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. Tal

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 153.

²⁸ *Idem*.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 65.

³⁰ *Idem*.

³¹ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 153.

injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil³².

Sobre os transportes coletivos, principalmente os trens, os acidentes foram multiplicando-se, deixando as vítimas em clara situação de desvantagem, visto que não tinham como provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido há centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares³³.

Frente a este panorama, os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social, constatando-se que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria. Logo, restou clara a necessidade de se organizar a reparação³⁴.

Podemos conceituar a responsabilidade civil objetiva como aquela em que a obrigação de indenizar se constitui independentemente da demonstração de culpa do agente, justificada pela impossibilidade prática, ou mesmo a inutilidade da investigação acerca da presença de culpa como critério para definir a responsabilidade do agente, representando o desenvolvimento gradual de um novo parâmetro ético da vida social, que identifica fundamento suficiente para imputação de responsabilidade a alguém, com base no risco que sua atividade expõe às demais pessoas³⁵.

Por fim, cabe mencionar que Sergio Cavalieri sustenta que o atual Código Civil é prevalentemente objetivista³⁶, porquanto, além das hipóteses trazidas em legislações extravagantes, existem três hipóteses positivadas de responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a combinação do artigo 927 e 187; o parágrafo único do artigo 927; e o artigo 931.

Igualmente, Anderson Schreiber afirma que a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva contribui para a formação de um sistema de responsabilização mais solidário, porque adequado às relações de massa e

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 190.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 190.

³⁴ *Idem*.

³⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 66.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 5.

comprometido com a equitativa distribuição dos riscos da vida contemporânea. O autor assim conclui: “implicitamente, o novo Código Civil reconhece a impossibilidade e a inconveniência social de se ter constantemente a avaliação e o juízo de reprovabilidade pendendo sobre a conduta dos membros da sociedade³⁷”.

Apresentadas as modalidades de responsabilidade civil, necessário entender como ocorre o arbitramento do *quantum debeatur* pelo dano extrapatrimonial em nosso ordenamento.

2.4 Arbitramento do *quantum debeatur* pelo dano extrapatrimonial

Feita a exposição retrospectiva acerca da Responsabilidade Civil e do dano extrapatrimonial, cabe destacar a evolução perpassada até chegarmos à fixação do *quantum debeatur* a título de indenização por danos extrapatrimoniais por meio do arbitramento judicial.

Com efeito, nem sempre houve consenso acerca da imperatividade da compensação pelo dano extrapatrimonial através do arbitramento judicial. Em verdade, até a entrada em vigor da atual Constituição Federal, em razão de dispositivos legais específicos (como a Lei nº 5.250/1967 e a Lei nº 4.117/1962), havia verdadeira tarifação do dano extrapatrimonial nos casos ali tratados.

Até o ano de 1988, os tribunais pátrios adotavam, em casos como da calúnia, difamação ou injúria, o critério previsto no art. 84, § 1º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que manda fixar a indenização entre 5 e 100 salários-mínimos.

Assim, uma vez vigente a atual Constituição Federal, Maria Celina Bodin de Moraes alerta que, em razão da tutela geral estabelecida pela Constituição, os limites pecuniários mencionados não podem ser considerados como recepcionados e, em caso de lei posterior com a mesma essência, esta deverá ser reconhecida como inconstitucional³⁸.

Logo, qualquer tentativa de tarifação da indenização pelo dano extrapatrimonial, seria considerada afronta direta à Constituição, mais especificamente no que toca aos seus art. 5.º, caput c/c art. 1.º, inc. III. Ou seja, a

³⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 175.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 190.

tarifação é uma ofensa à Igualdade Material e à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Aliando-se aos entendimentos doutrinários da época, houve o paradigmático julgado da apelação a seguir:

A indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação e divulgação, mesmo porque a natureza da regra constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da Lei da Imprensa.

(...)

A nova Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem (inciso V), e declarando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Com essa disciplina, a Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao Direito Civil Comum, e não a qualquer lei especial.³⁹

Desta feita, a matéria restou sumulada no Superior Tribunal de Justiça no verbete nº 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Todavia, apesar da demonstração supra da superação da tarifação indenizatória do dano extrapatrimonial, dois episódios não tão longínquos precisam ser recordados.

O primeiro, datado de 1998, trata-se da tentativa do Tribunal de Alçada de Minas Gerais em reduzir o subjetivismo no arbitramento do dano extrapatrimonial. Apesar da nobre intenção, o debate fomentado concluiu pelo seguinte:

1. Pedido de dano moral por inclusão indevida do nome em SPC – SERASA – Cartório de Protestos: até 20 salários mínimos;
2. Pedido de dano por morte de esposo, esposa, filhos: 100 salários mínimos;
3. Outras bases de pedidos: até 90 salários mínimos;

³⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 5.260/41**. Primeira Câmara Civil. Relator: Carlos Alberto Direito.

4. Com atenção ao caso concreto, cada juiz tem inteira liberdade na aquilatação dos valores indenizatórios. As sugestões, no entanto, são válidas, como parâmetros orientadores, no comum dos casos⁴⁰

Não é difícil se inferir que a conclusão acima se trata de verdadeira tarifação do dano extrapatrimonial – vedada pela tutela geral estabelecida pela Constituição Federal (art. 5.º, caput c/c art. 1.º, inc. III).

Já o segundo caso, vem do próprio Superior Tribunal de Justiça e data do ano de 2009. Em matéria publicada no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça e intitulada: STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais (13.9.2009), foi publicizado o seguinte quadro⁴¹:

Quadro 1 – Parâmetros uniformes de valores de danos morais

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: STJ (2009).

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter se apressado em esclarecer que a tabela consistia em “material exclusivamente jornalístico, de caráter ilustrativo, com o objetivo de facilitar o acesso dos leitores à ampla jurisprudência da Corte”, o problema não se encontrava na tabela em si, mas no tabelamento jurisdicional dos danos extrapatrimoniais, que, na lição de Anderson Schreiber, estimula uma

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 208.

perigosa “precificação” dos atributos humanos e das tragédias que os afetam, violando, além disso, a essência da figura, já que o dano extrapatrimonial é pessoal e singular, por definição⁴².

Quanto ao atual arbitramento judicial da indenização pelo dano extrapatrimonial, Cavalieri leciona que, não apenas o dano não pode ser fonte de lucro, como a indenização deve ser suficiente para reparar o dano da forma mais completa possível sem importar no enriquecimento sem causa – gerando novo dano. Desta forma, entende que o princípio da lógica do razoável deve ser o norte do julgador, porquanto o arbitramento deve ser a conclusão lógica da razoabilidade e proporcionalidade do magistrado⁴³.

Dessa forma, Sanseverino alerta que, no que toca aos danos extrapatrimoniais, em razão da dificuldade de se quantificar a indenização correspondente, sua função será satisfatória, visto não ser possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária⁴⁴.

Ainda, no que diz respeito à quantificação do arbitramento, nosso Código Civil não traz critérios objetivos para tanto. Logo, doutrina e jurisprudência não são unânimes com relação aos critérios que devem ser utilizados pelo juiz da causa, sendo certo que a decisão deve ser adstrita aos pedidos apresentados na petição inicial, corolário do princípio processual da Congruência.

Nessa esteira, o presente trabalho substancia-se na discussão e divergência inscritas nos parâmetros a serem apreciados pelo magistrado quando do arbitramento da indenização pelos danos extrapatrimoniais. À vista disso, o ponto “4.1” deste trabalho se dedicará aos principais parâmetros apontados pela Doutrina e a correlação destes com o caráter punitivo da indenização por danos extrapatrimoniais.

Analisados tais parâmetros, o Superior Tribunal de Justiça defende a utilização do Método Bifásico no arbitramento indenizatório, conforme defendido na tese de Sanseverino na obra *Princípio da Reparação Integral*⁴⁵.

⁴² *Ibidem*, p. 209.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 114.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 271.

⁴⁵ *Idem*.

A primeira fase é caracterizada pelo arbitramento do valor básico da indenização, onde se considera o interesse jurídico atingido dentro dos precedentes que tratam da matéria. Assim, assegura-se uma exigência da justiça comutativa, em outras palavras, razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes e distinção de julgamento na medida que os casos se diferenciam entre si.

Após, na segunda fase, ocorre a fixação definitiva da indenização em que o montante é ajustado às peculiaridades do caso concreto, sendo certo que, partindo-se da indenização da primeira fase, tal monta pode tanto ser majorada ou reduzida a depender de determinadas circunstâncias como a gravidade do fato em si, culpa concorrente da vítima e a condição econômica das partes⁴⁶.

Desta feita, trazidos, sucintamente, os principais pontos contextuais que abarcam o arbitramento da quantia devida pelo dano extrapatrimonial, destaca-se que o ponto 4.1 deste trabalho terá como escopo uma análise crítica acerca dos parâmetros a serem observados pelo Juiz quando do arbitramento do *quantum debeat*, principalmente no que toca ao caráter punitivo da indenização e a análise do grau de culpa ou dolo do ofensor.

⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 289.

3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Este capítulo possui como escopo, inicialmente, a análise dos *punitive damages* no local em que o instituto teve origem, ou seja, os Estados Unidos e as atuais consequências na sociedade civil norte americana. Analisado o instituto a partir de sua origem, serão apresentados o panorama brasileiro e as iniciativas do Legislativo para importar os *punitive damages* ao ordenamento brasileiro.

3.1 Os *punitive damages* no sistema norte americano

Inicialmente, cabe mencionar que, apesar de o presente trabalho não se tratar de uma análise de Direito Comparado, *punitive damages* se tratam de instituto norte americano que foi importado ao Brasil através do caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial. Assim, de suma importância trabalhar o conceito de *punitive damages* a partir de seu ponto de origem e sua aplicação no que toca ao contexto norte americano.

No que tange à contextualização, o instituto surgiu nos Estados Unidos da América e sua primeira aplicação se deu no julgamento do caso *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784), e Anderson Schreiber traz-nos o contexto histórico deste instituto nos seguintes termos:

De longa tradição nos Estados Unidos, o instituto foi aplicado pela primeira vez em 1784, na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para participar de um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A substância provocou dores extremas na vítima. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que a malícia do médico merecia, naquelas circunstâncias, uma “punição exemplar”⁴⁷.

Desta forma, conforme lição da Ilustre Maria Celina Bodin de Moraes, os *punitive damages* dentro da cultura norte americana, trata-se de um instituto que se encontra entre o Direito Civil e o Direito Penal, com intuito de penalizar aquele que provocou o dano, fazendo-o por meio da aplicação de uma sanção pecuniária em favor do ofendido⁴⁸.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. rev. e atual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 258.

Sobre a aplicação desse instituto nos Estados Unidos, na maior parte dos casos a fixação é feita pelo júri (sendo importante se ter em mente o formato federalista dos Estados Unidos e a independência legislativa de cada Estado); é analisada a conduta do ofensor, independentemente do tipo de dano causado à vítima; o instituto dos *punitive damages*, em regra, não se apresenta como um “direito subjetivo” do ofendido, dependendo da discricionariedade do júri que irá julgar o caso⁴⁹.

Conforme Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler, sua incidência, naquele país, se mostra necessária às hipóteses de danos particularmente graves que terminam por causar uma lesão transindividual ou mesmo comunitária, servindo a pena como mecanismo de desestímulo⁵⁰.

Igualmente importante trazer outro caso paradigmático mais recente e que denota de forma cristalina a problemática de tal instituto – mesmo em países com embasamento legal para utilizá-lo – ou seja, o famoso caso de Stella Liebeck. Sucintamente, esta senhora teve uma indenização por *punitive damages* arbitrada em seu favor na monta de US\$ 2.7 milhões por, ao utilizar o serviço de *drive-through* da empresa McDonald's, derrubar o café quente em seu colo após dar a partida em seu carro.

Apesar do valor arbitrado parecer exorbitante em um primeiro momento, Maria Celina Bodin de Moraes mostra que, não apenas a ação possuía maiores nuances, como casos parecidos eram rotina até o ajuizamento da demanda. Em suma, não apenas a autora da ação sofreu queimaduras de 2º e 3º grau em razão do fato, como a empresa já teria recebido cerca de 700 queixas de casos análogos⁵¹.

Contudo, apesar da complexidade do caso, a quantia a título de *punitive damages* chama a atenção e acaba denotando uma problemática maior. Após entendido o contexto da causa, pode parecer uma vitória social a indenização milionária da Sra. Stella Liebeck, todavia, ela demonstra uma realidade que, para enxergarmos, necessitamos passar da micro para a macrovisão do sistema judicial norte americano.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 19, 2005.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 229-232.

Acerca da fixação da quantia devida a título de *punitive damages* e a atividade dos jurados na jurisdição norte americana, assim leciona a Doutrina:

De fato, ao júri cabe, em primeiro lugar, decidir se é conveniente a imposição de danos punitivos. Em caso afirmativo, deverá, então, estabelecer o quantum devido, todavia sem que, para tanto, receba instruções coerentes e seguras. Comumente, nada se diz além de: “façam o que acharem melhor”. Não é necessário muito para concluir que isto contribui, de forma relevante, para encorajar o júri a decidir de acordo com suas crenças e predileções, penalizando de forma mais severa réus impopulares e abastados⁵².

De acordo com artigo jornalístico do jornal *The New York Times*, tem diminuído drasticamente o número de ações judiciais que tratam acerca das indenizações punitivas nos Estados Unidos, sendo possível vislumbrar uma queda de, praticamente, 50% de demandas no lapso temporal entre 1997 e 2000, enquanto as indenizações do mesmo período triplicaram de valor⁵³. Como explicar tal fato?

Partindo-se da lógica dos *Punitive Damages*, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, as questões relacionadas a eles não eram mais reguladas por critérios e parâmetros estritamente jurídicos, tendo sido absorvidas pela lógica de mercado. Ou seja, trata-se de mero reflexo do quão seletivos os advogados se tornaram dentro deste sistema, em razão do conseqüente extraordinário aumento dos custos processuais⁵⁴.

Assim, em um cotejo do sistema norte americano e a sua aplicação dos *punitive damages*, verificamos que os advogados se viram subjugados pelas altas custas oriundas deste tipo indenizatório, vendo-se obrigados a desistir do ajuizamento de ações em que direitos foram violados, por não verificarem que houve perdas graves o suficiente para arcar com as custas judiciais⁵⁵.

Caso não bastasse, outro corolário lógico conseqüente deste sistema é a insegurança jurídica. A Doutrinadora supramencionada, na mesma obra, cita diversos casos em que a indenização fixada não chegava sequer perto de corresponder às justas expectativas das partes, assim como, em vários casos, não

⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 235.

⁵³ WINTER, Greg. ***jury awards soar as lawsuits decline on defective goods***. *The New York Times*. Nova Iorque. Seção “A”, pg. 1 da edição nacional. 30 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2001/01/30/business/jury-awards-soar-as-lawsuits-decline-on-defective-goods.html>. Acesso em: 9 jun. 2022.

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 233-234..

⁵⁵ *Idem*.

havia congruência entre o valor condenatório e o valor pedido pela parte Demandante⁵⁶.

Em suma, podemos concluir que a utilização dos *punitive damages* nos Estados Unidos trouxe, no mínimo, duas consequências lesivas à sociedade civil: i) grande dificuldade do acesso à Justiça nos casos de danos extrapatrimoniais; ii) notável insegurança jurídica quanto ao valor devido a título de *punitive damages*⁵⁷.

Portanto, como será demonstrado adiante no ponto 4.2 do presente trabalho e já adiantando parcialmente sua conclusão, a forma acrítica com que o Brasil importou a indenização punitiva pelo dano extrapatrimonial também tem gerado a mesma consequência, ou seja, insegurança jurídica, demonstrada pelo estudo de julgados feito no item citado acima.

A despeito da exposição já trazida sobre o funcionamento do júri na fixação de indenização a título de *punitive damages*, muito importante mencionar o julgado: *BMW of North America, Inc vs. Gore* (1996). A ação tramitou no Estado do Alabama, onde o autor adquiriu automóvel da marca BMW e, nove meses após a tradição, percebeu que algumas partes do carro tinham sido repintadas, apesar do veículo ter sido vendido como novo. Convencido da omissão de informação relevante, foi ajuizada ação requerendo indenização compensatória e indenização a título de *punitive damages* no valor de US\$ 4 milhões (valor correspondente ao prejuízo sofrido por compradores de cerca de 1.000 automóveis repintados). Em defesa, a BMW confessou possuir política de vender como novos os veículos que possuíam danos decorrentes do transporte em valor inferior a 3% do valor do veículo vendido. Assim, além da indenização compensatória, o júri condenou a BMW a 4 milhões de *punitive damages*, entendendo que a política de não-divulgação de danos constituía omissão fraudulenta.

Interposta apelação perante a Suprema Corte do Estado de Alabama, esta reduziu a indenização de *punitive damages* pela metade, com o fundamento de que o valor estabelecido originariamente teria abarcado vendas realizadas no país inteiro e não apenas nos Estados com legislação semelhante ao Alabama.

Posteriormente, foi interposto recurso perante a Suprema Corte norte-americana que aceitou analisar o caso “com o propósito de esclarecer as

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 233-234.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 234.

características do padrão que irá identificar indenizações punitivas excessivas. Desta forma, foi reconhecida a irrazoabilidade dos valores fixados por um sentimento de “revanchismo social” por parte do júri e a Suprema Corte norte-americana passou a instruir certas diretrizes a serem observadas pelos jurados na fixação indenizatória por *punitive damages*, a fim de se evitar o que ocorreu no caso tratado⁵⁸.

O precedente mostra-se de grande importância ao presente trabalho, visto que, dentre as diretrizes apresentadas, encontra-se o grau de reprovabilidade da conduta do réu. Ora, tratando-se de uma indenização punitiva, não há qualquer empecilho em tal análise. Contudo, o que dizer quando cortes brasileiras utilizam da exata mesma diretriz para arbitrar indenização por danos extrapatrimoniais sem qualquer respaldo legal?

Logo, o próximo ponto deste trabalho se destinará a apresentar a forma com que este instituto foi importado e como ele se encontra presente no ordenamento brasileiro.

3.2 A importação da indenização punitiva ao Brasil

Inicialmente, convém discernir a diferença entre a indenização punitiva e o caráter punitivo da indenização. A primeira se trata de verdadeira tradução dos *punitive damages*, já a segunda, trata-se de critério a ser analisado durante o arbitramento indenizatório⁵⁹. Em outras palavras, o caráter punitivo é causa, enquanto a indenização punitiva é a consequência.

Sobre a importação da indenização punitiva ao sistema brasileiro, Maria Celina Bodin de Moraes traz, com excelência, o contexto cronológico no qual o instituto passou dentro do Legislativo brasileiro⁶⁰, sendo que, adianta-se, não foi aprovado nenhum dispositivo legal que permitisse a indenização punitiva por danos extrapatrimoniais. Todavia, isto não impediu que o instituto se fizesse presente em nosso ordenamento por outros meios.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 19, 2005. p. 19.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 7-12.

Porém, antes de adentrar nos projetos legislativos que pretenderam prever a indenização punitiva no Brasil e, até mesmo, atribuir ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento de indenizações por danos extrapatrimoniais, imperioso se faz o questionamento da razão pela qual nossos legisladores viram a necessidade de importar tal instituto.

Sobre tal questionamento, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino esclarece-o trazendo um panorama e a razão pela qual a Responsabilidade Civil acabou assumindo esta função punitiva na sociedade brasileira, afirmando que tal fenômeno deve-se à precariedade do sistema carcerário e penal, que tem deixado uma sensação de impunidade e falha na ressocialização do ofensor⁶¹.

Conforme elucida o Ministro, especialmente nos casos de menor potencial ofensivo como a calúnia, injúria ou difamação, que, nitidamente deveriam ser resolvidas na esfera penal, acabam sendo ajuizados ações cíveis indenizatórias, visto que a vítima se encontra insatisfeita com o resultado da ação penal. Em tais casos, as vítimas não buscam a compensação financeira pelo dano sofrido, mas sim, imposição de punição econômica ao ofensor, constituindo “autêntica pena privada”⁶².

Frente a este panorama, destacam-se alguns projetos de leis que, apesar de não terem entrado em vigor, possuem a sua essência externalizada em vários julgados.

Primeiramente, cabe trazer o Projeto do ex-senador Pedro Simon que substituíra o Projeto nº 150/1999 que dispõe sobre os danos extrapatrimoniais e sua reparação. Dentre os dispositivos ali previstos, cabe trazer o art. 7º para análise:

Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I - ofensa de natureza leve: até vinte mil reais;

II - ofensa de natureza média: de vinte mil reais a noventa mil reais;

III - ofensa de natureza grave: de noventa mil reais a cento e oitenta mil reais.

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 274.

⁶² *Idem*.

ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização⁶³.

O parecer do ex-senador Pedro Simon que levou à redação acima teve a sua tramitação encerrada em 2001 e não vigorou. Deixando de lado o problemático tabelamento indenizatório previsto acima – porquanto já tratado no item “2.3” do presente trabalho, verifica-se a nítida tentativa de legislar a indenização punitiva em âmbito nacional. Com efeito, não apenas há expressa previsão para que o magistrado analise o grau de culpa ou dolo do ofensor, como também a possibilidade de triplicar a indenização em razão reincidência ou indiferença do ofensor. Especialmente no que toca ao §4º do dispositivo supramencionado, resta evidenciado o objetivo de remediar eventual ineficácia do ordenamento pátrio ao punir o ofensor anteriormente. A lição de Sanseverino – datada cerca de uma década após o projeto acima – é precisa ao demonstrar a insatisfação social com o Sistema Penal e como almejam que a responsabilidade civil supra a frustração oriunda deste Sistema.

Ato contínuo, o Código de Defesa do Consumidor merece nossa atenção, isto porque, quando do seu projeto, o artigo 16 deveria contemplar os danos punitivos que assim dispunha:

Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor será devida multa civil de até 1.000.000 (um milhão) de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável⁶⁴.

Desta forma, para reforçar a ausência de qualquer permissivo legal para se contemplar os danos punitivos, tal dispositivo jamais saiu do projeto e, em antemão,

⁶³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n° 150, de 1999**. Dispõe sobre danos morais e sua reparação. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459/pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n° 97, de 1989**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providencias. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27247>. Acesso em: 15 set. 2022.

entraram em vigor os artigos 56 e 57. Não apenas o artigo 56, I do Código de Defesa do Consumidor prevê a sanção administrativa de multa, como o artigo 57 dispõe que tal multa deverá ser revertida a fundo público. Ou seja, a sanção pecuniária prevista no código não é direcionada ao ofendido, mas a fundo que busca reparar o dano causado – afastando-se, substancialmente, do caráter punitivo aqui criticado.

Prosseguindo, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.729/2001 de autoria do ex-deputado José Roberto Batochio que, não escondendo a sua inspiração no sistema norte americano, buscou atribuir ao Tribunal do Júri competência para o julgamento de indenização por dano extrapatrimonial⁶⁵. O projeto não se encontra mais em tramitação e não entrou em vigor. Conforme já analisando no ponto anterior deste trabalho e defendido pela Maria Celina Bodin de Moraes⁶⁶, tal sistema apresenta mais malefícios do que benefícios. Tratando sobre os *punitive damages*, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler com clareza concluem que a causa para a importação de institutos que não são adequados ao nosso sistema residem em “certos traços culturais, que fazem da imitação do “estrangeiro” (...) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica⁶⁷”.

Por fim, traz-se o Projeto de Lei 6.960/2002 apresentado pelo ex-deputado Ricardo Fiúza que, em meio a propositura de alteração de diversos dispositivos, buscou, através do acréscimo de um segundo parágrafo ao art. 944 do Código Civil, positivar o caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial:

Art. 944 (...)

§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Apesar dos esforços legislativos supramencionados, nenhum destes projetos foi aprovado e, como corolário lógico consequente, não há qualquer permissivo legal ao caráter punitivo da indenização por danos extrapatrimoniais e, como consequência, não deveria haver indenização punitiva pelo dano extrapatrimonial. Assim, por que este instituto é rotineiramente empregado pela jurisprudência?

⁶⁵ CONSULTOR JURÍDICO. **Processos que envolvem Direito Civil podem ir a júri**. 2001. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-jul-19/projeto_lei_defende_julgamento_tribunal_juri. Acesso em: 15 set. 2022.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 10.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 19, 2005. p. 22.

Para responder o questionamento, de salutar importância elucidar o fato de que podemos perceber o caráter punitivo da indenização através de outras formas além de sua citação explícita na decisão judicial. Nessa esteira, o Ministro Sanseverino esclarece que este aparece com nitidez no momento do arbitramento judicial, pois se leva em conta não apenas a gravidade da ofensa ao interesse jurídico tutelado, como também circunstâncias com nítida conotação penal, como a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor⁶⁸. Corroborando com tal entendimento, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler afirmam que, dentre os aspectos dos *punitive damages*, aquele que é considerado fundamental trata-se do foco sobre a conduta do causador do dano e não sobre o ofendido⁶⁹.

Ou seja, verificamos a existência de uma indenização punitiva não apenas quando o magistrado assim explicita, mas através da análise de critérios implícitos como a análise do grau de culpa ou dolo do ofensor. Basicamente, a partir do momento que o foco do magistrado, ao arbitrar a indenização, passa do ofendido ao ofensor, estamos diante de uma indenização por danos extrapatrimoniais de caráter punitivo.

Outrossim, a fim de demonstrar, além de qualquer dúvida razoável, a presença da indenização punitiva no Brasil apesar da inexistência de qualquer permissivo legal para tanto, convém analisar uma breve passagem da obra de Sergio Cavaliere. O Doutrinador defende a possibilidade da indenização punitiva em algumas hipóteses específicas – que serão tratadas no próximo capítulo – contudo, ele admite não apenas a carência de dispositivo legal que permita a indenização punitiva, mas confessa que as esparsas leis que tratam do assunto sinalizam pela sua impossibilidade:

Aduz-se, ainda, não temos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto, daí não ser recomendável a importação do instituto dos *punitive damages* para justificar o chamado dano moral punitivo⁷⁰

Ou seja, a Doutrina que entende pela constitucionalidade da indenização punitiva por danos extrapatrimoniais, admite não haver qualquer fundamento legal

⁶⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 274.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 19, 2005. p. 18-19.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 115.

para tanto, embasando-se tão somente em princípios para a vinculação deste princípio que, ao ver de vários Doutrinadores, não se coaduna ao nosso sistema.

Frente ao panorama ilustrado neste capítulo, infere-se que o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial se originou de um sentimento de insatisfação social pela ineficiência do sistema penal para punir transgressores da lei – buscando passar ao sistema cível a prerrogativa de puni-los.

Nesse contexto, houve intensa investida do Legislativo para a importação do instituto dos *punitive damages* do Direito norte americano ao nosso sistema. A despeito de tal intento ter falhado e não termos os *punitive damages* positivados na legislação pátria, o caráter punitivo no arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial é recorrente na jurisprudência e acaba por se traduzir em uma anormal espécie de indenização punitiva pelo dano extrapatrimonial.

Desta forma, quando da análise jurisprudencial do item 4.2 deste trabalho, restará evidente que, apesar da inexistência de permissivo legal para a indenização punitiva, esta foi parcialmente importada ao ordenamento brasileiro e, por pouco, não foi importada integralmente como assim almejavam os integrantes do Legislativo que possuíam como projeto a atribuição ao Tribunal do Júri para o julgamento de ações indenizatórias por danos extrapatrimoniais.

4 TRATAMENTO DADO PELAS FONTES À INDENIZAÇÃO PELO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O presente capítulo irá analisar as disposições legais que o Brasil possui acerca da indenização pelo dano extrapatrimonial e as divergências doutrinárias acerca da possibilidade do caráter punitivo da indenização por este tipo de dano. Por fim, serão colacionados diferentes julgados para se verificar a congruência destes às lições da doutrina e verificar eventuais arbitrariedades em decisões com caráter punitivo.

4.1 Disposições legais e tratamento dado pela doutrina

Consonante alertado no item “2.4” deste trabalho, em que pese tenham sido apresentadas as principais características e evolução da indenização por danos extrapatrimoniais no Brasil, passando desde o tabelamento até o modelo bifásico de arbitramento judicial, deixaram de ser abordados os principais parâmetros a serem apreciados no arbitramento, a fim de que sejam melhor abordados neste momento.

Como será evidenciado, há uma certa divergência entre a Doutrina majoritária e parte da Jurisprudência no que tange aos parâmetros a serem analisados pelo Magistrado em seu arbitramento. Para fins do presente trabalho, serão destacadas apenas as divergências que possuam como corolário o caráter punitivo da indenização.

Tartuce, através de um cotejo doutrinário e da Jurisprudência superior, expõe que os principais critérios a serem analisados pelo Juiz – sempre com equidade – são: a) a extensão do dano; b) o grau de culpa do agente e a contribuição causal da vítima; c) as condições socioeconômicas, culturais e até psicológicas dos envolvidos; d) o caráter pedagógico, educativo, de desestímulo ou até punitivo da indenização; e) a vedação do enriquecimento sem causa da vítima e da ruína do ofensor⁷¹.

Constata-se que Tartuce⁷², ao apresentar os parâmetros a serem analisados durante o arbitramento, verificou que o caráter pedagógico da indenização se confunde com o punitivo, sendo que, o caráter punitivo seria basicamente o atributo

⁷¹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 337.

⁷² *Idem*.

pedagógico, porém, mais proeminente e elevado (consequentemente majorando a indenização). Corroborando com tal entendimento, Cavalieri demonstra em sua obra que o grau de dolo ou culpa grave do ofensor devem ser analisados para que, nestes casos, tenhamos a chamada indenização punitiva⁷³.

Ainda sobre os critérios indenizatórios pelo dano extrapatrimonial, como será demonstrado no próximo capítulo, percebe-se atualmente na Jurisprudência uma corrente que, ao arbitrar a indenização, faz referência à função tríplice do *quantum debeat* e, com certa frequência, sequer elucida quais seriam estas três funções.

Sobre a suposta função tríplice da indenização pelo dano extrapatrimonial, tal teoria possui destaque na Doutrina do respeitável Yussef Said Cahali que assim sustenta: "a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir⁷⁴".

Como é de fácil percepção pelo desenvolvimento deste trabalho, este destina-se a demonstrar, de forma crítica, que não há espaço para o caráter punitivo da indenização pelos danos extrapatrimoniais na esfera cível, como elencado pelos Doutrinadores supramencionados.

Neste contexto, dentro da Doutrina que defende a função punitiva da Responsabilidade Civil, podemos perceber a utilização de termos como: "punir, desestimular, inibir e prevenir". Contudo, Maria Celina Bodin de Moraes elucida que tais distinções são frívolas, porquanto possuem o mesmo escopo: sancionamento do ofensor pela prática do ato ilícito⁷⁵.

Assim, passa-se a analisar os parâmetros apresentados no início deste capítulo que evidenciam o caráter punitivo da indenização arbitrada, em especial, a suposta função punitiva da Responsabilidade Civil – mote deste trabalho.

Inicialmente, acerca do grau de culpa do ofensor, tal parâmetro é de problemática cristalina e não deveria ser utilizado pelo Judiciário ao arbitrar indenização no dano extrapatrimonial. Com efeito, Sanseverino esclarece que a função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial aparece nitidamente ao se levar em conta não apenas a gravidade da ofensa ao interesse jurídico tutelado,

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 153.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 175.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 224.

como também circunstâncias com nítida conotação penal, como a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor⁷⁶.

Corroborando com tal entendimento, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler elucidam que, na medida em que as principais finalidades das cortes norte americanas passaram a ser a punição e a prevenção, o foco deixou de incidir sobre o dano causado, mas sobre a conduta do seu causador. Ou seja, a principal característica de uma indenização punitiva é o olhar com enfoque na conduta do ofensor⁷⁷.

Desta forma, infere-se facilmente que a análise do grau de culpa do ofensor e o caráter punitivo da indenização estão intrinsecamente ligados, sendo que o elemento subjetivo é essencial para a incidência do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial⁷⁸.

Fortalecendo o argumento apresentado, Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar da indenização por danos extrapatrimoniais, assevera que decisões com referências aos parâmetros de grau de culpa e porte econômico das partes, tratam-se de critérios de punição em si mesmos⁷⁹.

Humberto Theodoro Júnior entende que a análise da intensidade do dolo ou da culpa, trata-se de informação completamente irrelevante no plano da responsabilidade civil, visto que o valor da indenização a ser proporcionada à vítima deve ser absolutamente desvinculado da gravidade do ato cometido, porque sua função não é punir, mas apenas ressarcir⁸⁰.

Já Anderson Schreiber leciona que, mesmo que não haja expressa menção ao caráter punitivo da indenização arbitrada, esta acaba por indiretamente impor também punição sobre o agente, cuja capacidade econômica e grau de culpa são levados em conta na determinação do dano⁸¹.

Desta forma, buscando afastar-se de qualquer parâmetro penal dentro de uma indenização que deveria possuir como princípio norteador a reparação integral

⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 274.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 18-19, 2005.

⁷⁸ Ibidem, p. 24.

⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 225.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 64.

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 183.

e o enfoque na pessoa do ofendido, o Judiciário não deve analisar o grau de culpa do ofensor.

Ainda sobre o grau de culpa ou dolo do transgressor, urge antecipar uma das conclusões do presente trabalho: a impossibilidade de incidência do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial em casos de responsabilidade civil objetiva. A modalidade objetiva da responsabilidade civil possui como primordial característica a desnecessidade de análise do grau de culpa do ofensor, como se vislumbra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁸²

Como se infere do dispositivo supra, na Responsabilidade Civil Objetiva, ocorre a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Logo, forçoso reconhecer que, em se tratando de indenização com caráter punitivo no dano extrapatrimonial, esta não pode ocorrer na modalidade objetiva, sob pena de incorrer em nítida contradição, visto aplicar uma consequência penal sem o seu fundamento essencial: o elemento subjetivo⁸³. Analisados os parâmetros para arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial que se traduzem em verdadeira pena civil, passa-se a examinar como discorre a Doutrina que discorda do caráter punitivo da indenização e seus fundamentos.

Anderson Schreiber assim pontua acerca da adoção da função punitiva no Direito brasileiro:

A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que, em seu art. 944, declara: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Pior: ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente compensatory damages e punitive damages. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto⁸⁴.

⁸² BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 210-211.

Como se infere acima, o autor esclarece que a função punitiva, como comumente adotada pela jurisprudência, afronta o princípio da reparação integral (positivado no *caput* do art. 944 do Código Civil) e importa a indenização punitiva do direito norte americano se olvidando, contudo, dos diversos requisitos utilizados naquele ordenamento.

O capítulo anterior deste trabalho se dedicou a demonstrar que não há qualquer legislação que permita o caráter punitivo da indenização por danos extrapatrimoniais, o que não evita que parte da Doutrina a defenda. Todavia, o que diz a Lei sobre a indenização por danos extrapatrimoniais?

O atual Código Civil possui uma estruturação intuitiva e clara, sendo facilmente localizável a matéria que o intérprete necessita. Abarcado pelo título IX (Da Responsabilidade Civil), encontra-se o capítulo II: da indenização.

O primeiro artigo do capítulo da indenização é o 944, que assim dispõe:

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.

O dispositivo supra é de extrema importância ao presente trabalho, visto que, não apenas delimita o *quantum* indenizatório a ser observado pelo magistrado no caso concreto, como apresenta a única possibilidade de o juiz rever a quantia devida a título de indenização por danos extrapatrimoniais, sendo certo que a norma em comento apenas possibilita a minoração da indenização arbitrada.

Entretanto, a despeito de haver tão somente a possibilidade legal de reduzir a indenização por danos extrapatrimoniais, conforme já alertado neste trabalho, há uma divergência entre doutrinadores sobre a possibilidade de ser majorada a indenização a fim de punir o ofensor.

Doutrinadoras como Judith Martins Costa e Maria Celina Bodin de Moraes entendem que o ordenamento brasileiro não suporta a função punitiva da Responsabilidade Civil, enquanto, em contrapartida, doutrinadores como Sergio Cavalieri e Carlos Alberto Bittar se mostram favoráveis à tese do caráter punitivo.

Especificamente sobre a obra de Sergio Cavalieri, em seu manual de Responsabilidade Civil, apoiando-se na lição de Caio Mário, entende que o caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial só pode ser utilizado em duas

situações: i) em razão da gravidade do comportamento do ofensor, que se revelar altamente reprovável, não apenas em função do elemento subjetivo, mas também em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima; ii) em razão da gravidade e extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais e outros mais⁸⁵.

Sobre o primeiro ponto, cabe destacar que a mera análise acerca da gravidade da conduta do ofensor e o seu grau de culpa quando do arbitramento da indenização pelo dano extrapatrimonial já são suficientes para externalizar o caráter punitivo da indenização em questão, conforme demonstrado no início do presente capítulo.

Porém, Sergio Cavalieri, ao discorrer sobre o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial, confessa que o ordenamento brasileiro “não possui regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto, daí não ser recomendável a importação do instituto dos *punitive damages*”⁸⁶.

Assim, a Doutrina contrária ao punitivismo na Responsabilidade Civil, principalmente em razão de ausência de permissivo legal para tanto, alerta que a aplicação indiscriminada do caráter punitivo coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção⁸⁷.

Em verdade, a adoção do caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial dá azo para inúmeras arbitrariedades pelo Poder Judiciário, visto que, diferentemente de países em que é positivada a indenização punitiva, não possuímos qualquer discriminação no arbitramento judicial sobre quais valores possuiriam natureza compensatória e quais valores teriam natureza punitiva. O prejuízo ao réu é evidente, porquanto não possui o discernimento necessário para recorrer de tal arbitramento, sendo certo que, em se tratando do caráter punitivo,

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 115.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 258.

deveria o requerido possuir garantias processuais análogas ao réu imputado criminalmente.

Nessa esteira, cabe ressaltar que as sanções pecuniárias cíveis possuem potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal⁸⁸, sendo que, o que se percebe das diversas sinalizações da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é que apenas se admite, no âmbito do Recurso Especial, a discussão do *quantum* indenizatório em caso de indenização irrisória ou abusiva⁸⁹, abrindo grande espaço para arbitrariedades judiciais com o subterfúgio de se estar punindo o réu.

Dentro deste contexto, Wilson Melo da Silva apresenta a importância do Princípio da Legalidade e o *nullum crimen, nulla poena sine lege* – positivado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal - ou seja, para que ocorra uma pena, necessário que haja um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. O autor finaliza elucidando que o juízo cível busca ressarcir o dano, ou seja, tão somente a consequência do delito, não o delito em si, analisando a pessoa do ofendido ao invés do ofensor e a extensão do prejuízo⁹⁰.

Já em uma visão mais pragmática, Judith Martins Costa esclarece que não existem motivos razoáveis para aplicação de uma indenização punitiva no dano extrapatrimonial dentro do sistema brasileiro, visto que nossa legislação é exauriente ao dispor de métodos para o arbitramento de uma indenização justa, seja na busca pelo caráter “exemplar” eventualmente necessário, ou mesmo para se fixar uma indenização de *quantum* pecuniário adequado ao autor de danos especialmente graves⁹¹.

Ainda na mesma obra, a autora supramencionada nos apresenta duas hipóteses plausíveis para a insistência de parte da Doutrina e Jurisprudência em adotar o caráter punitivo no arbitramento de indenizações no dano extrapatrimonial, quais sejam: i) as importações de institutos inadequados ao nosso ordenamento de forma acrítica ocorrem por certos “traços culturais, que fazem da imitação do

⁸⁸ DI LAURO, A 1993 apud MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 261.

⁸⁹ BRASIL. STJ, **REsp. 240.055**, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 02 de maio de 2002 e publicado no DJ de 24 de junho de 2002.

⁹⁰ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 573.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

estrangeiro [...] um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica⁹²; ii) buscando justificar uma suposta imoralidade e impossibilidade de pagar a dor com dinheiro, perpetuou-se a concepção de que tal indenização seria necessária tão somente para punir o ofensor⁹³.

Fato é que ambas as hipóteses possuem como corolário o cristalino ódio ao ofensor, sendo que, novamente, percebemos como o “olhar” da Responsabilidade Civil deixa de se ater ao ofendido e sua necessária compensação pelos danos sofridos, para possuir como escopo principal a punição do transgressor.

Sobre a busca de respostas no direito comparado, Judith Martins-Costa com clareza ímpar declara que as “soluções advindas de outros sistemas jurídicos são por vezes transplantadas acriticamente, sem que o intérprete tenha em vista a integralidade do entorno normativo que originou determinada solução⁹⁴”.

Ainda sobre o arbitramento da indenização no dano extrapatrimonial, Humberto Theodoro Júnior leciona que a reparação é avaliada, fundamentalmente, segundo o dano e pertence ao lesado. Apesar de parte da Doutrina persistir na pretensão de atribuir à reparação uma função sancionadora, fato é que sua finalidade indenizatória e estrutura reparatória decorrente lhe ultrapassam⁹⁵.

Logo, inserir no arbitramento da indenização um *plus* para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é usurpar matéria que não toca, ordinariamente, ao Direito Civil disciplinar, mas ao Direito Penal, que possui propósitos muito diferentes dos que o Direito Privado persegue⁹⁶.

Conclui o autor supra que a responsabilidade civil não pode servir para impor pena ao culpado por dano privado, tendo como objetivo apenas reconstituir o patrimônio de quem sofreu prejuízo em decorrência de ato ilícito de outrem e, por fim, a indenização no dano extrapatrimonial deverá ser arbitrada em equidade, tendo institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e/ou de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa⁹⁷.

Retornando às disposições do Código Civil na Responsabilidade Civil, impossível não se destacar a técnica legislativa brasileira ao utilizar de cláusulas

⁹² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 19, 2005. p. 22.

⁹³ *Ibidem*, p. 22-23.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 610.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 64.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 73.

gerais. Consonante lição de Bruno Miragem, são normas propositalmente incompletas no objetivo de garantirem segurança para a atualização e equilíbrio do sistema jurídico, conferindo ao intérprete o poder de construir o significado da norma casuisticamente, considerando elementos valorativos que permitam adequar o significado a uma noção de justiça e equilíbrio seguindo certo padrão de universalidade⁹⁸

Tendo em mente o conceito de cláusulas gerais, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler entendem que o fato desta técnica legislativa estar presente no capítulo da Responsabilidade Civil denota uma das principais soluções para a indenização por danos extrapatrimoniais sem necessidade da utilização do caráter punitivo. Caso não bastasse, as cláusulas abertas levam a uma conexão intersistemática com a Constituição Federal⁹⁹ que – em benefício de uma indenização justa e equitativa – contempla, de forma expressa, a irrestrita indenizabilidade do dano extrapatrimonial¹⁰⁰.

Nada obstante, Maria Celina Bodin de Moraes adverte que grande parte dos danos extrapatrimoniais, aos quais parte da Doutrina e Jurisprudência almejam impor o caráter punitivo no arbitramento de sua indenização, configuram-se como crimes. Tal percepção se faz importante pois não é difícil se vislumbrar que, caso o ofensor seja punido tanto na esfera penal quanto cível, resta caracterizado o injustificável *bis in idem*¹⁰¹.

Para além do *bis in idem*, existe outro notório problema apresentado pela doutrina na utilização da indenização punitiva em nosso ordenamento: ineficácia quanto ao principal objetivo da pena privada - punição do autor do dano.

A situação supra é de fácil vislumbre em três situações: i) em caso de indenização por fato de outrem¹⁰², em que o responsável não foi o causador do dano; ii) réu causador da ofensa denuncia a lide para que o seguro contratado

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, J. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49208>. Acesso em: 6 set. 2022.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 22, 2005.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 260.

¹⁰² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 177.

indenize o autor; iii) em caso de falecimento do ofensor, onde não se apresenta razoável punir os seus herdeiros¹⁰³.

Anderson Schreiber assim conclui acerca da indenização com caráter punitivo no ordenamento brasileiro:

A invocação do caráter punitivo, seja como título autônomo para a elevação do quantum indenizatório, seja como critério para o seu cálculo, contraria a tradição do ordenamento brasileiro, que, na esteira de outros países do sistema romano-germânico, sempre atribuiu à responsabilidade civil caráter meramente compensatório, deixando ao direito penal a punição das condutas que a sociedade entendesse mais graves. O caráter punitivo do dano moral viola essa dicotomia e vai de encontro às diretrizes estruturais do ordenamento pátrio. Não se trata de simples violação nominal ao princípio do *nulla poena sine praevia lege*, mas de uma completa inversão de papéis nos ramos do direito. Na atual situação do direito brasileiro, as indenizações punitivas (ou a utilização de critérios punitivos em indenizações que se supõe exclusivamente compensatórias) não sofrem qualquer limitação legal, podendo o juízo cível estipular os valores que lhe pareçam convenientes, com uma maior esfera de discricionariedade que o juízo criminal, cujo poder punitivo encontra-se limitado ao valor das multas e à duração das penas, conforme estritamente fixados em lei¹⁰⁴.

Por fim, Pontes de Miranda, ao tratar acerca do dever de indenizar, realizou severas críticas ao juízo punitivo dentro da reparação civil:

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não se há de basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento no direito contemporâneo está no princípio de que o dano sofrido tem de ser reparado, se possível, e a técnica legislativa, partindo da causalidade, há de dizer qual o critério, na espécie, para se apontar o responsável. A restituição é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança. (...) Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito¹⁰⁵.

Frente ao panorama apresentado, infere-se que, no que tange à legislação sobre o arbitramento da indenização decorrente de danos extrapatrimoniais, o Brasil não possui qualquer permissivo legal para a incidência do caráter penal da indenização. Mesmo os Doutrinadores que defendem a tese punitiva admitem que a

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017..p. 329.

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 183.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 53 - Obrigações oriundas de atos ilícitos absolutos de atos-fatos ilícitos e de fatos ilícitos absolutos "Stricto sensu". São Paulo, Borsoi, 1968. p.183.

legislação civil “não possui regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto¹⁰⁶”.

Sobre a Doutrina, o Brasil possui preceptores renomados¹⁰⁷ que, divergindo daquilo que a cada dia mais se consolida como a atual conjuntura em razão de precedentes formados nas Cortes Superiores, afastam-se e defendem a impossibilidade do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial como regra.

4.2 O caráter punitivo sob o prisma da jurisprudência

Uma vez compreendidos os principais argumentos trazidos pela Doutrina que entende não haver espaço no ordenamento brasileiro para o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial, urge analisar diferentes julgados para se aferir como a matéria é tratada casuisticamente e alguns dos precedentes consolidados. Convém destacar que, conforme já tratado no capítulo anterior, não há necessidade de uma menção expressa ao caráter punitivo da indenização para que se denote sua presença, visto que, ao magistrado averiguar, por exemplo, o grau de culpa do ofensor, resta implícito o caráter punitivo da indenização.

Inicialmente, cabe apresentar decisão exarada por Sergio Cavaliere que, de acordo com o que foi abordado neste trabalho, encontra-se alinhado à teoria do caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial. Em suas palavras: “a indenização punitiva pelo dano moral (e não dano moral punitivo) encontra fundamento nos princípios constitucionais, principalmente naquele que garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito¹⁰⁸”.

Entretanto, apesar do doutrinador afirmar que o dano moral punitivo não possuiria espaço em nosso ordenamento (apenas a indenização punitiva pelo dano moral), assim decidiu em recurso de apelação relatado por ele:

Dano moral punitivo – Indenização por práticas abusivas – Admissibilidade. Demora irrazoável para cancelar serviços não solicitados ou que se tornaram desnecessários, cobranças indevidas, ameaça de negativação do nome etc., constituem práticas abusivas que devem ser repelidas. Vão além

¹⁰⁶ FILHO, Sergio Cavaliere. PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 14ª edição, 2020. P. 116.

¹⁰⁷ Dentre os principais Doutrinadores no tema, citam-se: Maria Celina Bodin de Moraes; Judith Martins Costa; Pontes de Miranda; Paulo de Tarso Sanseverino; Humberto Theodoro Júnior.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 115.

dos meros aborrecimentos, gerando efetiva angústia e mal-estar capaz de caracterizar o dano moral em sentido amplo, cuja indenização pode ter caráter punitivo. Entretanto, exige critério apropriado no seu arbitramento, que deve ser feito atentando-se para a gravidade do ilícito, o princípio da exemplaridade e o seu caráter pedagógico¹⁰⁹.

Neste caso, não apenas se encontra explícito o caráter punitivo da indenização arbitrada em razão do dano extrapatrimonial, como o Relator utiliza da expressão “dano moral punitivo”, que, trata-se de nítida tradução de *punitive damages*, conforme melhor lição de Sanseverino¹¹⁰. Outrossim, ao se verificar a fundamentação do arbitramento, foram utilizados: gravidade do ilícito; princípio da exemplaridade; caráter pedagógico.

Em outras palavras, na ausência de permissivo legal para majoração indenizatória, o Desembargador utilizou do suposto caráter pedagógico da indenização pelo dano extrapatrimonial para elevar o *quantum debeatur* do caso tratado.

Ainda no âmbito dos Tribunais de Justiça, interessante também analisar julgados do Estado do Rio Grande do Sul que versem sobre a indenização por danos extrapatrimoniais e seus critérios de arbitramento:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS PAGAMENTO. Na hipótese, houve inscrição, pela financeira ré, do nome do autor em órgão de proteção ao crédito após o pagamento, assim como cobrança indevida da parcela. A empresa demandada não se desincumbiu de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante. Segundo reiterada jurisprudência, no caso de inscrição irregular nos cadastros de inadimplentes a prova do prejuízo se satisfaz com a só demonstração desta. Dano moral configurado. O valor indenizatório deve ser proporcional à ofensa, sem gerar enriquecimento sem causa, atendendo à função tríplice do ressarcimento por dano moral. Manutenção do valor arbitrado na sentença. Dos honorários advocatícios. Majoração do valor arbitrado ao procurador do autor. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO DO AUTOR. UNÂNIME¹¹¹.

Na ementa supra, se denota – de forma cristalina – a situação mencionada no capítulo anterior. Ou seja, faz-se referência à função tríplice da indenização pelo dano extrapatrimonial sem sequer elucidar quais funções seriam estas. Indicando,

¹⁰⁹ SANTA CATARINA. 13ª Câmara Cível, **Ap. Civ. 36.495/2007**, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho.

¹¹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 50002294120158210145**, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Julgado em: 31-03-2022.

tacitamente, que tais funções seriam intrínsecas e notórias, sendo desnecessárias grandes explicações no assunto.

Conforme já referido, tal entendimento advém das lições de Yussef Said Cahali que sustentava que: "a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir"¹¹². Contudo, a despeito das discussões doutrinárias acerca desta multifuncionalização, não se pode ignorar que a função reparatória ainda é a dominante da responsabilidade civil¹¹³.

Apesar da decisão supra fazer referência à função tríplice, conforme já mencionado anteriormente, Maria Celina Bodin de Moraes adverte que, em suma, punir e prevenir não possuem distinção na prática, pois ambos objetivam o sancionamento do ofensor pela prática do ato ilícito¹¹⁴. Confirmando tal concepção, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu no Recurso Especial 604.801/RS:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Sumula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido¹¹⁵.

Novamente, aqui o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial se encontra expresso na decisão. Porém, o que se destaca é a referência à dupla função do valor do dano extrapatrimonial. Percebe-se facilmente que função tríplice apresentada anteriormente restou sintetizada na função dúplice, visto que punir e prevenir, na prática, possuem o mesmo escopo.

Dando seguimento à análise jurisprudencial, no intuito de se demonstrar a consequente discrepância oriunda da utilização do caráter punitivo no arbitramento da indenização no dano extrapatrimonial, são apresentados dois casos análogos, julgados pelo mesmo Desembargador relator em um intervalo inferior a dois anos.

¹¹² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 175.

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143.

¹¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 224.

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **REsp 604.801/RS**, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23-3-2004, DJ de 7-3-2005, p. 214.

Ambos os casos tratam de ações indenizatórias oriundas de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, julgados pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O primeiro acórdão, datado de 28 de março de 2019, teve a seguinte ementa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRATAÇÃO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DESCABIMENTO. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido indenização a título de danos morais, na qual a parte autora objetiva a condenação da demandada ao pagamento de indenização a título de danos morais decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito por contratação que alega jamais ter pactuado com a requerida, julgada procedente na origem. Assim, o dano moral deve ser arbitrado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que tal conduta se repita, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Vislumbro que no caso em tela, a verba indenizatória foi fixada em quantia, ao meu ponto de vista, de maneira adequada/suficiente, não devendo ser majorada, considerando que foi arbitrada de modo satisfatório a indenização para reparar o dano experimentado pelo autor bem como reprovar a conduta ilícita praticada pelo requerido. O quantum debeatur da indenização por dano moral não deve ser irrisório de modo a fomentar a recidiva, mas também não deve ser desproporcional ou exagerado de modo a acarretar o enriquecimento. No caso em concreto o valor da indenização, valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta, mantenho o valor fixado na r. sentença (R\$ 5.000,00 (...)). APELAÇÃO DESPROVIDA¹¹⁶.

Percebe-se facilmente a referência ao caráter punitivo da indenização majorada, que sinaliza não apenas a necessidade de punir o apelado, como de prevenir que tal situação não se repita. No caso, o Desembargador Nilton Carpes da Silva entendeu que a monta de R\$ 5.000,00 se fazia adequada ao caso.

Contudo, já no acórdão de 27 de maio de 2021, esta foi a ementa da decisão:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais decorrente de inscrição indevida do nome do autor em órgãos de proteção ao crédito por contratação que alega jamais ter pactuado com a requerida, julgada procedente na origem. A relação travada entre as partes é nitidamente de consumo, encontrando, portanto, amparo no Código de Defesa do Consumidor. Assim, aplicável à espécie o disposto no artigo 14 do CDC. A responsabilidade no caso em comento é objetiva, ou seja, independe de prova da culpa do agente causador do dano, uma vez verificada a falha na

¹¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 70079702379**, Sexta Câmara Cível, Relator: Nilton Carpes da Silva, Julgado em: 28-03-2019.

prestação do serviço. Incide na espécie, a inversão do ônus da prova, a teor do art. 6º, inciso VIII, do CDC e art. 373, II, do CPC/15, uma vez que alegada inexistência de relação jurídica, incumbindo, desta forma, à parte ré, comprovar a efetiva contratação entre as partes. No caso dos autos, verifico que a demandada não logrou êxito em comprovar a efetiva contratação do fornecimento do serviço de energia, uma vez que as faturas geradas pela requerida não possuem vinculação alguma com qualquer contratação firmada com a parte autora, (evento 11-doc2), assim como os relatórios de inconsistências juntados na sequência - (evento 11 -doc. 3), produzidos de forma unilateral, sem que a parte autora tenha qualquer participação ou dado anuência. Da mesma forma, sequer os valores dos apontamentos fecham com os valores das faturas, evidenciando que a empresa requerida sequer soube especificar qual seria a suposta dívida devida. Logo, a empresa ré não se desincumbiu do ônus probatório que lhe recaia, qual seja, de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, “ex vi legis” art. 373, inc. II, do CPC, e do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. A demandada, na condição de prestadora de serviço, deve tomar os devidos cuidados para evitar eventuais contratações, bem como eventuais cobranças indevidas. Destarte, a cautela e a prudência devem ser fontes permanentes de atuação, sob pena de ser responsabilizada pelos prejuízos causados a terceiro em razão da sua atividade, haja vista a adoção pelo nosso sistema jurídico da Teoria do Risco da Atividade. Provado que a negativação do nome do demandante foi indevida, provado está o dano moral deste fato decorrente, tratando-se de danos morais in re ipsa. Valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização, em hipóteses similares, o valor arbitrado na sentença (R\$ 10.000,00), se mostra dentro dos parâmetros arbitrados por esta Corte. APELAÇÃO DESPROVIDA¹¹⁷.

Já no segundo caso, o Desembargador Niwton Carpes da Silva não fez qualquer referência ao caráter punitivo da indenização por dano extrapatrimonial. Contudo, neste caso entendeu que a quantia de R\$ 10.000,00 era adequada ao caso concreto. Comparados ambos os casos, podemos fazer algumas constatações:

Primeira, causa verdadeira espécie o fato de que um mesmo dano, julgado pelo mesmo relator, possa ter indenizações que se diferenciam pelo dobro da quantia uma da outra.

Segunda, a indenização cuja decisão possui expressa previsão acerca do caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial teve seu valor arbitrado pela metade em relação à segunda decisão que nada referiu sobre o caráter punitivo.

Terceiro, a indenização que podemos ter certeza que, quando do seu arbitramento, houve a incidência do caráter punitivo, não possui qualquer discriminação ou sinalização acerca de qual quantia seria destinada a punir o apelado e qual quantia seria destinada a compensar o apelante.

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 50039377120208210033**, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 27-05-2021.

Como consequência do cenário supra, podemos verificar que a utilização do caráter punitivo da indenização em casos de danos extrapatrimoniais dá azo para indenizações arbitrárias e subjetivas, colocando ambas as partes em verdadeira situação de insegurança jurídica e refletindo – de forma clara – a falta de técnica no desenvolvimento da atividade judiciária.

Maria Celina Bodin de Moraes chama casos assim de verdadeira loteria forense¹¹⁸, em outras palavras, o que separa duas pessoas que sofreram o mesmo dano de receber uma indenização de monta mais voluptuosa é a sorte.

Por fim, conforme já tratado no capítulo anterior, o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial e a responsabilidade civil objetiva são frontalmente conflitantes, porquanto o primeiro tem como pressuposto a análise do grau de culpa do ofensor e o segundo tem como preceito a ínfima análise da culpa do ofensor. Logo, tratando-se de responsabilidade civil em sua modalidade objetiva, forçoso reconhecer que a indenização arbitrada não pode ter caráter punitivo.

Contudo, na oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir sobre caso de indenização por dano extrapatrimonial em responsabilidade civil objetiva, assim decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO¹¹⁹.

Com efeito, a decisão supra foi paradigmática não apenas por ter assentado o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial no caso concreto, mas por ter feito em um caso de responsabilidade civil objetiva – sem apresentar qualquer fundamento do porquê utilizou-se do caráter punitivo em um caso de responsabilidade civil objetiva.

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 328.

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. AI 852237 AgR, Segunda Turma. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 25/06/2013.

Analisando o julgado supracitado, verifica-se, de plano, que houve nítida confusão entre o caráter punitivo da indenização e a indenização punitiva. Conforme melhor Doutrina, o primeiro se trata do traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano extrapatrimonial. Já o segundo, trata-se de verdadeira tradução do instituto dos *punitive damages*¹²⁰.

No norte das decisões aqui colacionadas, Anderson Schreiber assim alude a função punitiva no âmbito dos Tribunais brasileiros:

Grande parte das cortes brasileiras não só tem chancelado o duplo caráter do dano moral, como tem aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos. As cortes referem-se usualmente a quatro critérios: (i) gravidade do dano; (ii) capacidade econômica da vítima; (iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor. Como denuncia Maria Celina Bodin de Moraes, os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor¹²¹.

Dos casos trazidos, percebe-se facilmente um dos principais problemas do Judiciário na indenização pelo dano extrapatrimonial: o subjetivismo e ausência de discriminação do valor arbitrado, consequência que se trata de verdadeiro sintoma da utilização do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial e que, ao final, acarreta no enriquecimento sem causa do ofendido.

Dessa maneira, a decisão sobre tal assunto deve ser detalhadamente justificada, especialmente no que toca à determinação da verba indenizatória. A decisão precisa ser adequadamente motivada, para que, tanto quanto possível, se reduza o alto nível de subjetivismo constante das decisões judiciais que hoje se vem proferindo em matéria de dano extrapatrimonial¹²², sendo certo que, o *quantum debeat* devidamente quantificado e discriminado permite, inclusive, plena garantia da Ampla Defesa e Paridade de Armas, uma vez que o réu poderá recorrer com consciência acerca da matéria que almeja revisar pelo grau superior.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 209.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 334.

5 A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Frente ao panorama apresentado neste trabalho, necessário agora contemplar o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial diante dos principais argumentos levantados pela Doutrina para sua não vinculação ao nosso sistema e, inclusive, a flexibilizações que esta Doutrina levanta para o caráter punitivo.

5.1 Ausência de previsão legal que permita a indenização punitiva

Analisando as legislações brasileiras, não há qualquer menção ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial, apesar de, conforme demonstrado no capítulo “3.2” deste trabalho, ter havido inúmeras tentativas de importar o instituto ao ordenamento brasileiro.

Desta feita, o que se percebe analisando o atual Código Civil Brasileiro, é que a disposição que trata sobre o arbitramento indenizatório (artigo 944, parágrafo único) permite tão somente a minoração do *quantum debeatur* em razão de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Ora, uma vez que o único dispositivo legal que trata do assunto sinaliza no sentido contrário ao caráter punitivo, forçoso reconhecer que não possuímos qualquer espaço legal para a vinculação do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial.

Nessa mesma linha, Maria Celina Bodin de Moraes elucida que não possuímos dispositivo no atual Código Civil, assim como no Código Civil de 1916 que preveja a punição por um dano cometido, trazendo à baila não apenas o já mencionado artigo 944, parágrafo único para fundamentar a incompatibilidade do caráter punitivo, mas também o artigo 403 do Código Civil, visto que, em tema de responsabilidade contratual, dispõe que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato¹²³”.

¹²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 329.

Caso não bastasse, todos os projetos legislativos que tentaram permitir o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial não possuíram êxito para vigorar no ordenamento brasileiro, como o artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo segundo do artigo 944 do Código Civil.

Sanseverino ainda afirma que: “sem texto legal expresso, o acolhimento da indenização punitiva, em nosso direito, esbarra exatamente na função indenitária do princípio da reparação integral, pois a extensão dos danos funciona como teto indenizatório, impedindo uma indenização superior ao seu montante efetivo¹²⁴”.

Assim, uma vez reconhecido o vácuo legislativo sobre a matéria, não há como se coadunar ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial no ordenamento pátrio.

5.2 Princípio da reparação integral

O Princípio da Reparação Integral constitui a principal diretriz do operador do direito para orientar a quantificação da indenização pecuniária¹²⁵, consistindo em restaurar os danos ilicitamente causados por outrem, recolocando a vítima do dano na situação que estaria se o ato danoso não tivesse sido produzido.

Tratando-se especificamente sobre danos extrapatrimoniais, a Doutrina reconhece que a reparação integral se traduz em verdadeira ficção jurídica ou, como admitido por Sanseverino, uma utopia¹²⁶, visto que existem danos notoriamente irreparáveis, embora ressarcíveis¹²⁷.

Outrossim, Pontes de Miranda já defendia essa ideia, ao afirmar que “o que há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’, se não de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo o que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor¹²⁸”. Pontes de Miranda conclui aliando o “princípio da indenizabilidade de todo o dano” ao “princípio de limitação da reparação ao dano sofrido” para se obter uma indenização equitativa.

¹²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 48.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143.

¹²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXVI, § 3.111, p. 43.

Contudo, o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial não se coaduna ao Princípio da Reparação Integral, visto que, seja com o propósito de punir, seja de prevenir, acaba por ensejar uma indenização muito superior à extensão dos danos sofridos pela parte demandante, que não se mostra compatível com o princípio da reparação integral expressamente acolhido pelo art. 944, *caput* do Código Civil, em nosso sistema de responsabilidade civil¹²⁹.

Além disso, cabe referir que a vedação ao enriquecimento sem justa causa se trata de verdadeiro balizador da reparação integral pelo dano extrapatrimonial. Em outras palavras, o ofendido não pode receber monta o suficiente para caracterizar o enriquecimento sem causa¹³⁰.

Nesse sentido, Sanseverino defende a função indenitária da responsabilidade civil como forma de se alcançar a harmonia entre a reparação integral (positivada no *caput* do artigo 944 do Código Civil¹³¹) e a vedação ao enriquecimento sem causa (positivado no artigo 884 do Código Civil¹³²), uma vez que, utilizando-se da extensão do dano para limitar o valor de uma indenização, automaticamente está se evitando o enriquecimento sem causa.

O autor supracitado assim conclui ao tratar da suposta função punitiva da responsabilidade civil frente à função indenitária:

A função indenitária enfatiza a natureza predominantemente reparatória ou compensatória da responsabilidade civil, constituindo uma barreira de difícil transposição para as tentativas crescentes de se lhe atribuir também uma função punitiva ou sancionadora¹³³

Por fim, a aplicação indiscriminada do caráter punitivo a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais possui como corolário lógico consequente a conformação tácita de que a reparação já não é o fim último da responsabilidade civil, tendo também, intrinsecamente, a função de punir e prevenir¹³⁴.

¹²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 57.

¹³¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹³² 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.

¹³³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *op. cit.*, p. 63.

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 258.

5.3 Cláusulas gerais

Cláusulas gerais tratam-se de técnica legislativa que busca trazer respostas a específicos e determinados problemas da vida cotidiana¹³⁵, em outras palavras, através de conceitos jurídicos indeterminados, incorpora princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estranhos ao seu código¹³⁶.

Desta forma, conferem ao intérprete o poder de construir o significado da norma em vista das circunstâncias de um determinado caso ao qual ela se aplique, tendo em consideração elementos valorativos que lhe permitam adequar a uma noção comum de justiça e equilíbrio, de modo que o resultado da aplicação siga certo padrão de universalidade¹³⁷.

No que tange à responsabilidade civil, conforme se infere da conjugação do teor dos artigos 927, *caput*¹³⁸ e 186¹³⁹, *caput*, ambos do Código Civil, a indenização por danos é marcada por cláusulas abertas que permitem ao intérprete maior liberdade e comunicabilidade a outras normas.

Nessa esteira, ao Magistrado se deparar com lides decorrentes de danos extrapatrimoniais, uma vez que a codificação da responsabilidade civil é notoriamente marcada por cláusulas abertas, possuirá diversas possibilidades de satisfazer, indenizar ou compensar tais danos. Ainda, em razão da sua conexão intersistemática com a Constituição Federal¹⁴⁰, contempla, de forma expressa, a irrestrita indenizabilidade do dano extrapatrimonial¹⁴¹.

Outrossim, Sanseverino elucida a atual concepção positiva ou substantiva para os danos extrapatrimoniais, ligando-os a bens jurídicos vinculados à esfera dos direitos da personalidade, sendo que, no momento do arbitramento, deve se estabelecer uma relação de razoável equivalência com os interesses lesados.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). Rio Grande do Sul, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 15, p. 7, 1998.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104.

¹³⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹³⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49208>. Acesso em: 6 set. 2022.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 22, 2005.

Embora sem conteúdo econômico a lesão, deve-se, no momento do arbitramento da indenização, verificar como a jurisprudência, em casos semelhantes, tem realizado a sua quantificação pecuniária, evitando uma disparidade excessiva para mais ou para menos¹⁴².

Logo, estando o juiz munido de cláusulas gerais e o diálogo das fontes para o arbitramento adequado da indenização por danos extrapatrimoniais, não se mostra necessária a utilização do caráter punitivo para fixação do *quantum debeatur*.

5.4 Responsabilidade civil objetiva

Apesar de já referida a existência de decisões aplicando o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial em casos de responsabilidade civil objetiva, reforça-se a completa inadequação da combinação destes institutos.

Sobre a responsabilidade civil objetiva esta é conceituada como aquela em que a obrigação de indenizar se constitui independentemente da demonstração de culpa do agente, justificada pela impossibilidade prática, ou mesmo a inutilidade da investigação acerca da presença de culpa como critério para definir a responsabilidade do agente¹⁴³.

Sanseverino alerta a necessidade de cuidado com a utilização da indenização punitiva, em face da incompatibilidade desse instituto com o nosso sistema jurídico, sendo que: “a sua utilização, mesmo como simples argumento, particularmente inadequada nos casos de responsabilidade objetiva, pois, por sua própria natureza, não envolvem discussão de culpa, não se compatibilizando com a imposição de pena privada¹⁴⁴”.

Não obstante, importante se ter mente o seguinte conflito conceutivo: na responsabilidade objetiva, não há juízo de censurabilidade à conduta subjetiva do agente; já na teoria da pena é necessário o juízo de proporcionalidade entre a conduta reprovável e a punição¹⁴⁵. Logo, não há como se conceber proporcionalidade na decisão que não analisa o quão culpado foi o agente em razão da modalidade da responsabilidade civil objetiva.

¹⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 75.

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 66.

¹⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. op. cit., p. 76.

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

Ademais, cabe referir que Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, ao analisarem o contexto histórico por trás da indenização punitiva e sua aplicação em diferentes ordenamentos jurídicos, sustentaram que o elemento subjetivo é condição de aplicação da indenização punitiva, recordando que a responsabilidade objetiva sequer é admitida no âmbito do Direito Penal¹⁴⁶.

Destaca-se que no ordenamento norte americano – onde parte da Doutrina brasileira se inspira para importar, acriticamente, a indenização punitiva – os *punitive damages* não se enquadram em qualquer modalidade de responsabilidade civil, mas apenas quando haja grande repercussão social do ato danoso praticado com dolo ou culpa grave¹⁴⁷. Ou seja, mesmo no país originário deve-se sempre se atentar à conduta e o grau de culpa do ofensor a fim de lhe aplicar indenização punitiva.

Sérgio Cavalieri demonstra em sua obra que o atual Código Civil é nitidamente objetivista, porquanto possui consideráveis hipóteses de responsabilidade civil em modalidade objetiva¹⁴⁸. Sobre tal constatação, Anderson Schreiber conclui que, implicitamente, o novo Código Civil reconhece a impossibilidade e a inconveniência social de se ter constantemente a avaliação e o juízo de reprovabilidade pendendo sobre a conduta dos membros da sociedade¹⁴⁹.

Por conseguinte, forçoso reconhecer que, em se tratando de indenização com caráter punitivo no dano extrapatrimonial, esta não pode ocorrer na modalidade objetiva da responsabilidade civil, sob pena de incorrer em nítida contradição, visto que aplica uma consequência penal sem o seu fundamento essencial: o elemento subjetivo.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 70.

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 5.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 175.

6 EXCEÇÕES À INCOMPATIBILIDADE

Até aqui foram tratados os principais argumentos para a não utilização do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial e explanados os motivos pelos quais se verifica que a importação do instituto da indenização punitiva foi feita de forma acrítica, ou seja, sem levar em consideração as peculiaridades do ordenamento brasileiro. Agora, cabe apresentar certas exceções admitidas pela Doutrina e que se apropriam da exemplaridade, característica inerente à indenização punitiva.

Contudo, de salutar importância destacar que, nestes casos, é imprescindível que tal caráter apenas se vincule a hipóteses excepcionais e taxativamente previstas em lei, tratando-se de situações particularmente sérias¹⁵⁰.

6.1 A afronta à consciência social e a prática danosa reiterada

A Doutrina admite, excepcionalmente, instituto que se assemelha à indenização punitiva no que tange a sua função de exemplaridade, em casos de cogente necessidade de se apresentar uma resposta à sociedade para condutas particularmente ultrajantes em relação à consciência coletiva ou, ainda, para casos de prática danosa reiterada¹⁵¹. Todavia, é fundamental a atuação do legislador, seja para delinear as extremas do instituto, ou para estabelecer garantias processuais ao réu (inerentes a um juízo punitivo).

Cavaliere – defensor do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial – apesar de não mencionar que a indenização punitiva apenas deva imperar em casos excepcionais, apresenta os seguintes requisitos para a sua aplicação:

- (i) em razão da gravidade do comportamento do ofensor, que se revelar altamente reprovável, não apenas em função do elemento subjetivo (dolo, culpa grave, fraude, malícia), mas também em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima – indiferença com a saúde, segurança, dignidade, vulnerabilidade, vantagem financeira etc.; (ii) em razão da gravidade e extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais e outros mais.¹⁵²

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 263.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Nesta linha, este Doutrinador recorda de um evento triste e marcante na história brasileira: o caso de Mariana, Minas Gerais. Marcado pela morte de, pelo menos, 18 pessoas e de prejuízos ambientais inestimáveis à localidade. Ao mencionar a tragédia retro, Cavalieri defende que: “o critério da indenização punitiva é o único adequado para se arbitrar uma indenização mais próxima da reparação dos danos ambientais e possibilitar a necessária punição civil de todos que os causaram, pessoas físicas e jurídicas¹⁵³”.

Sanseverino afirma que, a fim de se evitar o enriquecimento injustificado, a indenização por danos extrapatrimoniais deve ter considerável correspondência ao bem ou interesse jurídico atingido. Conclui o autor admitindo, excepcionalmente, uma indenização de natureza punitiva quando a ofensa atingir interesses coletivos ou difusos de um grande universo de pessoas¹⁵⁴.

Porém, como será melhor desenvolvido no próximo subcapítulo, apesar de tal hipótese resguardar nítida natureza punitiva, ainda não se confunde aos *punitive damages*, uma vez que a indenização será destinada a um fundo público, cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

6.2 Dano à coletividade

A tutela de direitos difusos e coletivos se tornou possível a partir do momento em que o ordenamento reconheceu a coletividade de pessoas como sujeito de direito, sendo certo que o que caracteriza o dano difuso ou coletivo é a lesão de um bem jurídico de titularidade coletiva¹⁵⁵.

Especificamente sobre os danos extrapatrimoniais na esfera coletiva, Carlos Alberto Bittar esclarece que os agrupamentos humanos, considerados como um todo, ou mesmo em suas divisões naturais e fictas, também podem se subordinar a consequências negativas de fatos lesivos, inclusive sob o aspecto moral¹⁵⁶. Cavalieri conceitua o dano extrapatrimonial coletivo como um sentimento de honradez, de dignidade, de valor, de unidade ou de necessidade da coletividade, afirmando que a

p. 116.

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 117.

¹⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 75.

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit., p. 122.

¹⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 50.

moral coletiva são valores morais, patrimônio ideal (histórico, artístico, ecológico, cultural, paisagístico) da coletividade¹⁵⁷.

A possibilidade de danos extrapatrimoniais coletivos restou pacificada na jurisprudência¹⁵⁸ e positivada na legislação brasileira através do art. 6º, incisos VI e VII do Código do Consumidor e art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Assim, a Ação Civil Pública se trata de remédio processual em face do dano extrapatrimonial coletivo.

Convém destacar uma das maiores peculiaridades da Ação Civil Pública: havendo condenação da indenização através de dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados¹⁵⁹.

Ademais, cabe referir que a Ação Civil Pública não apenas possui a prerrogativa de condenar o réu em indenização a ser revertida a fundos públicos com objetivo de reconstituir o bem lesado, como também pode suspender a atividade do réu causador de danos coletivos para evitar dano irreparável à parte¹⁶⁰ - evidenciando o caráter preventivo que a ação resguarda.

Maria Celina Bodin de Moraes leciona que, em tais casos, a *ratio* encontra-se na função preventivo-precautória – inerente ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial – ocorrendo em ações relacionadas às relações de consumo e Direito Ambiental. Entretanto, a mesma autora alerta que, em razão da peculiaridade dos fundos monetários oriundos das ações civis públicas, não se vislumbra hipótese de indenização punitiva¹⁶¹.

Ainda, cabe destacar que, no que tange ao Direito do Consumidor, conforme previsão do artigo 56, I do Código de Defesa do Consumidor¹⁶², as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas à sanção administrativa de multa.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 122.

¹⁵⁸ REsp 1.057.274 - RS

¹⁵⁹ Conforme previsão do artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹⁶⁰ Conforme previsão do artigo 14 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

¹⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 263.

¹⁶² Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

Desta forma, dispõe o *caput* do artigo 57¹⁶³ do mesmo código que a multa deverá ser revertida para o fundo público previsto na Lei da Ação Civil Pública.

Fortalecendo tal ponto, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler defendem que a Ação Civil Pública e a peculiaridade trazida pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, tratam-se de um exemplo de saudável meio termo entre a indenização exemplar e a necessidade de se resguardar a segurança jurídica através de parâmetros mínimos. Elucidam que a multa a ser destinada ao fundo legal possui o escopo de efetivar o princípio da prevenção – diretriz do Direito Ambiental e do Direito Consumerista¹⁶⁴.

Portanto, a despeito de não se tratar de efetiva indenização punitiva, a Ação Civil Pública e a sua conseqüente indenização convertida ao fundo público, tratam-se de exceção à vedação ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial em nosso ordenamento, porquanto possui nítido intuito de tornar a indenização exemplificativa e condena em monta superior ao efetivo dano.

6.3 Indenizações não pecuniárias

No que tange a indenização *in natura*, esta se resume em modalidade indenizatória marcada pela restituição ao lesado exatamente do mesmo bem extraído do seu patrimônio para que ele seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito¹⁶⁵.

Conforme entendimento de Judith Martins-Costa, “a restituição *in natura* constitui a “forma ideal” da reparação, pois atende aos critérios da justiça comutativa e mais facilmente realiza a ideia de o dano causado ter desaparecido¹⁶⁶. De igual forma, Sanseverino afirma que “a reparação do dano *in natura* constitui o modo ideal de ressarcimento em termos de justiça corretiva, pois o responsável reintegra ao

¹⁶³ Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 24, 2005.

¹⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 144.

patrimônio da vítima exatamente um bem no mesmo estado do que lhe fora subtraído, destruído ou danificado¹⁶⁷”.

Entretanto, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva alerta que, no momento da restituição, deve ser levado em consideração o estado atual do patrimônio lesado e como estaria caso não tivesse ocorrido a lesão. Em outras palavras, a visão para a reparação do que foi perdido deverá ser mais ampla, pois a mera reparação do que foi perdido não seria o suficiente, devendo ser observado não só os danos emergentes, mas também os lucros cessantes¹⁶⁸.

Ainda nessa esteira, Sanseverino afirma que a própria disposição do Código Civil denota que a indenização pecuniária possuiria um caráter subsidiário em face da indenização *in natura*, ou seja, aquela é preterida em razão desta¹⁶⁹.

Logicamente, a indenização *in natura* se trata da melhor forma de se reparar o dano não pecuniário. Porém, é realmente possível satisfazer um dano extrapatrimonial sofrido através da indenização *in natura*? Não é necessário grande esforço intelectual para se concluir que diversos são os danos não indenizáveis pela reparação *in natura*, desde a morte da pessoa amada até a perda de um membro.

Logo, a despeito de ser a melhor forma de se indenizar, é notoriamente dificultosa a tarefa de se fazer desaparecer completamente os efeitos danosos do ato ilícito e nem sempre é viável a reparação natural¹⁷⁰, motivo pelo qual se entende que, atualmente, é a indenização em dinheiro, e não a restituição *in natura* que está a ocupar o “papel central nas modalidades de reparação¹⁷¹”.

Contudo, buscando um afastamento da “precificação” dos danos extrapatrimoniais, há um movimento¹⁷² que opta pela indenização não patrimonial pelo dano extrapatrimonial – conforme se infere do teor do Enunciado nº 589 da VII Jornada de direito Civil do Conselho da Justiça Federal que assim dispôs: “a

¹⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.

¹⁶⁸ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p. 333-348, jan.-mar. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/14328352/O_CONCEITO_DE_DANO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_COMPARADO_CLOVIS_DO_COUTO_E_SILVA_. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. op. cit., p. 37.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. Rio Grande do Sul, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 19, p. 201, mar., 2001.

¹⁷² CANTALI, Rodrigo Ustároz. Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias. **Civilistica.com**, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021.

compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou por outro meio”.

Neste diapasão, ao analisarmos as principais medidas não pecuniárias para se indenizar o dano extrapatrimonial, é que podemos perceber como estas guardam características inerentes ao caráter punitivo da indenização – sem configurarem indenização punitiva.

A retratação, conceituada como um “reconhecimento do exercício do ato lesivo contra a vítima, através do qual se busca, comumente, resgatar a honra e a imagem ultrajadas¹⁷³”, trata-se de medida útil para amenizar danos aos direitos de personalidade – em especial, à honra, à imagem, ao nome, à reputação – e que possui nítida função preventiva.

Com efeito, analisando-se aspecto ético e social de tal medida, infere-se que esta pode ter um impacto maior para fins de prevenção do que uma indenização pecuniária, visto que dela decorre uma exposição do ofensor perante a sociedade, o que pode gerar abalos à sua imagem – quando, em oposição, a reparação pecuniária muitas vezes fica restrita aos próprios autos do processo litigioso. Há, por isso, talvez mais do que apenas uma função satisfatória: há o reconhecimento do ofendido como pessoa titular de direitos, como um igual dentro de uma comunidade¹⁷⁴.

Portanto, há de se reconhecer a importância da indenização não pecuniária e a forma com que o seu caráter punitivo não conflitua com o ordenamento brasileiro.

¹⁷³ DANTAS BISNETO, Cícero 2019, p. 238 apud CANTALI, Rodrigo Ustárroz. Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias. **Civilistica.com**, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021.

¹⁷⁴ CANTALI, Rodrigo Ustárroz. Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias. **Civilistica.com**, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar diferentes abordagens doutrinárias e os motivos pelos quais se entende que tanto a indenização punitiva quanto o caráter punitivo da indenização não se mostram adequados para indenizar o dano extrapatrimonial na esfera cível.

Analisando nossa legislação civil, como já mencionado, não há qualquer permissivo legal para a punição pelo dano extrapatrimonial – seja no atual Código Civil ou mesmo no Código Civil de 1916. Mais do que isso, Maria Celina Bodin de Moraes nos mostra que há fortes indícios legislativos contrários a tal juízo punitivo¹⁷⁵: o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil¹⁷⁶ faz referência tão somente em reduzir a monta indenizatória (não em majorar); o artigo 403 do Código Civil¹⁷⁷ dispõe que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”; conforme elucidado no capítulo 3.2 deste trabalho, não apenas o artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor foi vetado, como seu artigo 56, I, assim como o seu artigo 57 preveem não apenas a multa a ser aplicada, como sua destinação ao Fundo da Lei da Ação Civil Pública.

Ao se analisar o contexto histórico dos *punitive damages* e a conjuntura em que tal instituto tentou ser importado ao nosso sistema, inferiu-se que tal importação – doutrinária e jurisprudencial - foi realizada de forma acrítica, visto que desatenta às ferramentas já presentes na codificação brasileira e aos rígidos requisitos norte americanos para incidência dos *punitive damages* pelo dano extrapatrimonial.

À vista disso, os rigorosos critérios norte americanos para aplicação dos *punitive damages* possuem motivo de assim serem, sob pena de o instituto se tornar inútil aos fins que persegue. Vislumbra-se que mesmo em uma cultura utilitarista como a norte americana, sua doutrina considera imprescindível a comprovação de elementos estritamente subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) na

¹⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. P. 329-330.

¹⁷⁶ Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

¹⁷⁷ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

conduta do ofensor para vinculação do instituto¹⁷⁸. Todavia, a jurisprudência brasileira chega a citar, expressamente, os *punitive damages* para indenizar casos de responsabilidade objetiva.

Sobre soluções prestigiadas em outros sistemas e que passam a circular por meio de microrrecepções (expressas ou silenciosas), Judith Martins-Costa menciona que estas não são nunca transplantáveis, mas tão somente acomodáveis por via de certas mutações e adaptações¹⁷⁹. No caso concreto, ao se tentar acomodar os *punitive damages* em nosso ordenamento, acabamos com uma anormal espécie de indenização punitiva pelo dano extrapatrimonial que ignora mecanismos inerentes à codificação brasileira.

Este trabalho demonstrou que o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial colide com os seguintes pontos no sistema civil brasileiro: i) não há necessidade de se utilizar o caráter punitivo em uma codificação que possui cláusulas abertas permissivas de uma indenização socialmente adequada; ii) não havendo qualquer parâmetro à indenização punitiva e esta sequer sendo discriminada no arbitramento, evidente o enriquecimento sem causa da parte autora; iii) não há forma de se conciliar o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial com a modalidade objetiva de responsabilidade civil; iv) não possuímos qualquer dispositivo legal em toda a legislação que permita a majoração indenizatória para se punir o réu; v) o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial afronta o princípio norteador da responsabilidade civil, qual seja, a reparação integral; vi) em casos em que a ofensa se caracterizar como crime, estaria se punindo duplamente o ofensor (penalmente e civilmente), restando caracterizado o injustificável *bis in idem*.

Nada obstante, ao não se determinar critérios para justificar a relação entre o dano e o *quantum* da indenização punitiva, não apenas se torna a responsabilidade civil pelo dano extrapatrimonial um jogo de azar¹⁸⁰, como acarreta fenômenos de hiper prevenção e super compensação, sem falar na óbvia insegurança jurídica (principalmente do ponto de vista do réu).

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, P. 23, 2005.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 611.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. op. cit, p. 23.

Assim, vislumbra-se facilmente que a forma com que a indenização punitiva e o caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial têm sido utilizados se mostra incongruente ao ordenamento brasileiro. Entretanto, foram apontadas hipóteses doutrinárias oriundas mesmo daqueles que defendem a vedação ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial. Tais hipóteses, ainda que excepcionais e não se traduzindo em verdadeira indenização punitiva, possuem nítido intuito exemplificativo e preventivo, seja para se buscar tutela coletiva, ou mesmo para se reparar o dano extrapatrimonial de maneira não pecuniária.

O que não se pode permitir é a consciência de que o caráter punitivo é parte inerente da indenização por danos extrapatrimoniais, pondo em detrimento o princípio da reparação integral – norte da indenização por danos no Brasil. Nesse diapasão, a utilização do caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial deve ser pautada pela excepcionalidade e respeito às previsões legais, sob pena de se perpetuar o subjetivismo e arbitrariedade característicos de inúmeros julgados brasileiros sobre o tema.

Portanto, podemos concluir que, ressalvadas as hipóteses excepcionais apresentadas no corrente trabalho, não há como se coadunar ao caráter punitivo da indenização no dano extrapatrimonial e sua consequente indenização punitiva, porquanto incongruente ao ordenamento nacional.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 97, de 1989**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providencias. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27247>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 150, de 1999**. Dispõe sobre danos morais e sua reparação. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459/pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. STJ, **REsp. 240.055**, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 02 de maio de 2002 e publicado no DJ de 24 de junho de 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

CANTALI, Rodrigo Ustárroz. **Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias**. **Civilistica.com**, v. 10, n. 3, p. 1-23, 6 dez. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Processos que envolvem Direito Civil podem ir a júri**. 2001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-jul-19/projeto-lei-defende-julgamento-tribunal-juri>. Acesso em: 15 set. 2022.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de código civil na contramão da constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, p. 245-248, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 2, n. 4, 2014. Disponível em:
<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49208>. Acesso em: 6 set. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. Rio Grande do Sul, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 19, p. 201, mar., 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). Rio Grande do Sul, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 15, p. 7, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, 2005.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXVI, § 3.111, p. 43.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 53 - Obrigações oriundas de atos ilícitos absolutos de atos-fatos ilícitos e de fatos ilícitos absolutos “Stricto sensu”. São Paulo, Borsoi, 1968.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 5.260/41**. Primeira Câmara Civil. Relator: Carlos Alberto Direito.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **REsp 604.801/RS**, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23-3-2004, DJ de 7-3-2005, p. 214.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 70079702379**, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 28-03-2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 50002294120158210145**, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Julgado em: 31-03-2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível, Nº 50039377120208210033**, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 27-05-2021.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTA CATARINA. 13ª Câmara Cível, **Ap. Civ. 36.495/2007**, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. rev. e atual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, p. 3, 2002.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, p. 333-348, jan.-mar. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/14328352/O_CONCEITO_DE_DANO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_COMPARADO_CLOVIS_DO_COUTO_E_SILVA. Acesso em: 10 set. 2022.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WINTER, Greg. ***jury awards soar as lawsuits decline on defective goods***. *The New York Times*. Nova Iorque. Seção "A", pg. 1 da edição nacional. 30 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2001/01/30/business/jury-awards-soar-as-lawsuits-decline-on-defective-goods.html>. Acesso em: 9 jun. 2022.