

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO**

Fernanda Carravetta Vilande

**A Ampliação das Funções da Responsabilidade Civil Sob a Perspectiva das
Relações de Consumo**

Porto Alegre

2011

Fernanda Carravetta Vilande

**A Ampliação das Funções da Responsabilidade Civil Sob a Perspectiva das
Relações de Consumo**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Civil Aplicado.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Severo

Porto Alegre

2011

DEDICATÓRIA

Para aqueles que integram a minha “família do forum”, e que comigo partilham o dia a dia e, com ele, participam das alegrias e agruras do exercício da função jurisdicional, empenhando-se ao máximo para bem realizar a tão nobre quanto árdua justiça dos Homens: à minha equipe de trabalho atual (Leonardo Flores, Roberto La Porta Covello e Euler Luis Gama) e a todos aqueles que dela tomaram parte um dia.

Como um agradecimento especial e para que se eternize no tempo, deixo pública a minha gratidão a duas “pequenas gigantes” que me acompanharam durante momentos de muita dificuldade e provação, mas que, com notável nobreza de caráter e espírito, não “abandonaram o barco” durante o temporal: Ana Paula Carvalho e Daniela Rodrigues.

A todos estes, que não me deixam esmorecer a fé na raça humana, na força da amizade, da solidariedade, da honestidade, da integridade e de todos os valores nobres, que são, em última análise, a razão de ser do Direito e que devem direcionar o trabalho dos seus operadores.

Que possamos desempenhar nossa tarefa com amor e fé!

E que Deus nos ilumine e acompanhe... sempre!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por compreender a relevância desta tarefa.

Ao Professor Orientador, pelo incentivo e observações pontuais.

Àqueles que muito me auxiliaram na reunião do material bibliográfico: Luiza Carravetta, Leonardo Flores, Euler Luis Gama e Samuel Cardoso.

A Deus, por permitir tudo isso.

“Nenhum esconderijo me pode proteger contra as consequências dolorosas dos males que vier a praticar.

Nenhuma potência, terrena ou não, poderá deter a mão-carícia de Deus a procurar-me pelo que eu tiver feito de bom.

A isso chamo justiça." (Hermógenes)

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho foi o de analisar as novas funções que vêm sendo perseguidas pela responsabilidade civil, precipuamente aquelas que dizem com a prevenção ou dissuasão dos danos e a punição do ofensor, inseridas no atual contexto histórico, observados os seus elementos caracterizadores, dos constantes (dano e nexos causal), aos variáveis (culpa e risco), em especial, nas relações de consumo, e bem assim os seus efeitos, em que, partindo-se do princípio da reparação integral, foi estudada a origem dos *punitive damages*, no sistema anglo-saxão até sua aplicação no Direito Pátrio, o que, apesar de diversas críticas e objeções, constitui uma realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Consumidor. Função punitiva. Função dissuasória. *Punitive damages*. Dano moral. Reparação Integral.

ABSTRACT

The main objective of this study was to analyze the new functions that have been persecuted by the civil liability, primarily those that deal with the damage prevention or deterrence and punishment of the offender, inserted in the current historical context, observing their characteristic elements, the constant (damage and causal link), the variables (guilt and risk), particularly in consumer relations, as well as their effects, in which, starting from the principle of full compensation, we studied the origin of punitive damages in the Anglo-Saxon law in its application to Homeland, which, despite various criticisms and objections, is a reality.

Keywords: Civil Liability. The consumer. Punitive function. Deterrent function. Punitive damages. Moral damages. Full compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA	10
1 ELEMENTOS CONSTANTES	10
1.1 O Dano: Conceituação e Condições	10
1.1.1 As Espécies de Dano: Patrimonial e Extrapatrimonial	12
1.2 Nexo Causal	16
2. ELEMENTOS VARIÁVEIS	20
2.1 Fator de Atribuição: Culpa e Risco	20
2.2.1 A Boa-Fé Objetiva e a Construção de Novos Parâmetros na Teoria Contratual	27
2.2.2 Fato do Produto e do Serviço e Vício do Produto e do Serviço	31
2.2.2.1 O Produto ou Serviço Defeituoso	32
PARTE II – EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA	35
1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	35
1.1 O Princípio da Reparação Integral: Conteúdo	35
1.2 O Princípio da Reparação Integral: Fundamento e Funções	36
2 AS FUNÇÕES PUNITIVA E DISSUASÓRIA E OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	38
2.1 Os <i>Punitive Damages</i> no Sistema Anglo-Saxão: a Experiência Norte- americana	39
2.2 Os <i>Punitive Damages</i> no Sistema romano-germânico: a redescoberta das funções punitiva e dissuasória	45
2.2.1 A aplicação das funções punitiva e dissuasória no Direito Brasileiro	49
2.2.1.1 A aplicação das funções punitiva e dissuasória na Jurisprudência Nacional	53
2.2.2 Objeções à aplicação das funções punitiva e dissuasória	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tenciona analisar as novas funções que vêm sendo perseguidas pela responsabilidade civil, em especial, as funções punitiva e dissuasória, que passaram a ser seguidamente invocadas na jurisprudência pátria, comumente relacionadas às indenizações por danos extrapatrimoniais, envolvendo relações de consumo.

Para tanto, é preciso analisar a responsabilidade civil em seu aspecto global, estudando os seus pressupostos constantes (dano e nexos causal) e variáveis (fator de atribuição), bem assim os seus efeitos, vistos a partir do princípio da reparação integral.

Tal exame está atrelado ao momento histórico vivido, em que se verifica uma intensa conexão entre a evolução da sociedade e das noções acerca da responsabilidade civil, refletidas em seu ponto central – o dano, bem assim em seu fundamento (a culpa e o risco).

Apresenta-se o trabalho estruturado em duas partes, seguidas por considerações finais.

Na primeira parte, são apreciados os pressupostos da responsabilidade civil consumerista, partindo-se dos elementos constantes, ou seja, o dano e suas espécies, patrimonial e extrapatrimonial, bem assim o nexos causal, até se chegar aos elementos variáveis, a saber, a culpa e o risco, inseridos no contexto do regime das relações de consumo.

Na segunda parte, foram estudados os efeitos da responsabilidade consumerista, tendo o princípio da reparação integral e a idéia de que esta deva ser o mais ampla possível como ponto de partida em direção às funções atuais da responsabilidade civil, dentre as quais, as funções punitiva e dissuasória encontram lugar de destaque.

Assim, mereceu análise o instituto dos *punitive damages*, originado do sistema anglo-saxão, que tem sido, muitas vezes, relacionado à função punitiva da responsabilidade civil, com o qual não se confunde.

Por fim, após verificar a aplicação das funções punitiva e dissuasória no Direito Brasileiro, inclusive com a apreciação da jurisprudência, foram analisadas algumas das diversas objeções levantadas pela doutrina, chegando-se às considerações conclusivas.

Alterou-se, portanto, o paradigma da responsabilidade civil, cujas funções foram multiplicadas, havendo uma tendência jurisprudencial crescente na utilização das funções punitiva e dissuasória como mecanismo de proteção aos direitos da personalidade, especialmente aos consumidores, em que o próprio conceito de dano extrapatrimonial está sendo ampliado, restando indubitável a grande relevância de seu estudo.

Necessário, entretanto, seja feita uma reflexão sobre as hipóteses de sua incidência, a fim de que dito instrumento seja utilizado em consonância com as regras e princípios jurídicos que norteiam nosso sistema, sendo valioso na defesa do consumidor e na realização de seus direitos, por um lado, enquanto, por outro, os parâmetros e diretrizes para sua aplicação eficaz devem ser delineados, a fim de que sejam evitados os excessos e o desvio de finalidade em seu irrestrito emprego, o que poderia descambar para a busca do lucro fácil, em ações oportunistas de larga escala.

I - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

1 ELEMENTOS CONSTANTES

1.1 O Dano: Conceituação e Condições

O dano ocupa lugar de destaque na responsabilidade civil, sendo o seu elemento mais importante, consoante Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹, ou seu “grande vilão”, na acepção de Sergio Cavalieri Filho², de modo que a sua noção está intimamente ligada à idéia de responsabilidade civil em determinado país,³ cuja finalidade precípua é a de promover a sua reparação.

Na sua conceituação, são comumente referidas duas teorias: uma delas, lastreada na diferença entre a situação patrimonial anterior e a posterior à ocorrência do dano (teoria da diferença); a outra identifica o dano com a lesão a interesses juridicamente protegidos (teoria do interesse).⁴

De uma breve análise dos conceitos, depreende-se a insatisfatória proteção jurídica da teoria da diferença, por ausência de resposta às hipóteses de reposição *in natura*, já que neste caso, podem ser abrangidos bens sem expressão econômica ou valores insignificantes⁵, bem assim os casos de danos extrapatrimoniais, por ausência de repercussão no patrimônio da vítima, e os lucros cessantes, que traduzem a frustração de ganhos, os quais não estavam incorporados ao patrimônio antes do evento lesivo.⁶

Portanto, o conceito de dano, que traduza uma proteção jurídica mais ampla e satisfatória, não pode ficar limitado à diminuição no patrimônio da vítima.

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72.

³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado**. Revista dos Tribunais, V.667, p.7-16, maio de 1991, p. 7.

⁴ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3-4.

⁵ Adverte Caio Mário da Silva Pereira que se sujeita ao dever de indenizar tanto aquele que causa dano de elevadas proporções, como o que dá ensejo a prejuízo matematicamente reduzido, sendo a importância quantitativa do dano relativa, a depender da situação patrimonial do lesado, de modo que “o que orientará a justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39). No mesmo sentido, defendendo que mesmo os pequenos prejuízos sofridos pelo consumidor devem ser reparados, evitando-se apenas os exageros, a posição de Sanseverino (**Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246).

⁶ SEVERO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 4-6.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho,

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.⁷

Diz-se, ainda, que o dano deve ser *atual*, ou seja, que já existe ou existiu por ocasião do ajuizamento da ação reparatória, embora não seja absoluta a regra, podendo ser objeto de indenização um prejuízo futuro, desde que haja certeza quanto ao desenvolvimento (em evolução) por ocasião da propositura da demanda, de modo que não exista dúvida quanto à sua produção, cuja quantificação poderá ocorrer em momento posterior.⁸

A teor do disposto no artigo 402 do Código Civil, estão abrangidas nas perdas e danos indenizáveis o que o credor efetivamente perdeu (dano emergente) e o que razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante).

O dano emergente ou positivo corresponde ao desfalque no patrimônio da vítima, a diferença no valor do bem jurídico, tendo-se em conta o momento anterior e o posterior ao ato ilícito, ao passo que o lucro cessante é a consequência futura de um fato já ocorrido, a frustração da expectativa de lucro, a redução potencial do patrimônio da vítima.⁹

Além disso, o dano deve ser *certo*, em contraposição ao *eventual*, excluindo-se a reparação de dano meramente hipotético ou conjuntural, que pode não vir a se concretizar.¹⁰

Nessa esfera, insere-se a questão da perda de uma chance, a qual teve origem na doutrina francesa (*perte d'une chance*), na década de 60 do século passado, caracterizada quando, em razão da conduta de terceiro, desaparece a possibilidade provável de determinado acontecimento que verteria um benefício futuro para o lesado, como progredir em determinada carreira, obter uma decisão jurídica favorável, por falha do causídico, dentre outros, compreendendo-se por “*chance*” a “*probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda*”, devendo

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 74-5.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 43.

ser séria e real, de modo a proporcionar àquele condições pessoais efetivas para concorrer à situação futura almejada, caracterizando a chance perdida reparável um prejuízo material ou imaterial derivado de fato consumado, não hipotético.¹¹

Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à caracterização da perda de uma chance como dano moral ou material, e, na última hipótese, acerca da sua configuração como dano emergente ou lucro cessante, existindo uma corrente que a coloca como um terceiro gênero entre ambos, em que seria cabível uma graduação, a ser realizada no caso concreto, com critério equitativo.¹²

Importante salientar que na fixação da indenização, parte-se do pressuposto que o objeto da reparação é a chance perdida¹³, e não o dano que dela derivou, razão por que o montante indenizatório não será correspondente ao total do benefício que seria obtido ou das perdas que houverem sido evitadas, mas, pelo contrário, há que ser levada em conta a probabilidade de sucesso do evento, conferindo-se a indenização com base no percentual de chance de que restou privada a vítima.¹⁴

1.1.1 As Espécies de Dano: Patrimonial e Extrapatrimonial

a) O Dano Patrimonial

A definição de dano patrimonial é estabelecida a partir do confronto entre o patrimônio que sobrepujar ao dano, e o que possivelmente existiria, caso este não tivesse ocorrido; assim, “o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”.¹⁵

Adverte Adriano De Cupis ser indispensável determinar o conceito de patrimônio para compreender o que são interesses e danos patrimoniais, cuja denominação é referente a uma necessidade econômica, representando qualquer

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 77.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 79-80.

¹³ Sérgio Severo realça as três hipóteses em que pode ser considerada a questão: a) a chance de obtenção de uma vantagem (como nos exemplos do impedimento do pintor de expor suas telas, por culpa do transportador, ou da vítima de acidente de trabalho, que se vê impossibilitada de ascender na carreira); b) a chance de evitar uma perda (por exemplo, na ausência de contratação de um seguro, por culpa de terceiro); c) situações derivadas de obrigações de meio, como na responsabilidade do advogado e do médico, em que a frustração das chances pode aparecer nas duas vias (In SEVERO, Sérgio. **Tratado da Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009, 642 p., p. 194-96.).

¹⁴ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13-4.

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil. Volume II**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 718.

bem que seja capaz de ser classificado em ordem de riqueza material, que possa ser quantificado em dinheiro, hábil a satisfazer uma necessidade econômica, ao passo que o *interesse patrimonial* consiste na utilidade que determinado indivíduo pode extrair de um bem patrimonial, sendo o dano da mesma natureza o que tem por objeto dito interesse.¹⁶

Portanto, o dano patrimonial, que também é chamado de “dano material”, atinge os bens que integram o patrimônio da vítima, tanto as coisas corpóreas, como incorpóreas, podendo resultar tanto de lesão a bens ou interesses de mesma natureza, como da violação a bens personalíssimos, tais quais a saúde, a imagem, a honra, etc., refletindo no patrimônio da vítima, seja através da geração de despesas ou na perda de receitas (dano patrimonial dito indireto).¹⁷

Na última hipótese, podem ser mencionadas, exemplificativamente, as despesas médicas decorrentes de lesões corporais originadas de acidente de trânsito, ou a perda de clientela e conseqüente redução da receita, em face de notícia falsamente publicada sobre determinado estabelecimento comercial.

O dano patrimonial costuma ser dividido em dano emergente e lucro cessante, de acordo com o momento da produção de seus efeitos, podendo traduzir-se, ainda, na perda de uma chance ou no dano por ricochete, apresentando-se tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual.¹⁸

Desse modo,

dano material é aquele que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma *menos-valia*, que deve ser indenizada para que se reconduza o patrimônio ao seu *status quo ante*, seja por uma reposição *in natura* ou por equivalente pecuniário.¹⁹

b) O Dano Extrapatrimonial

Muitas vezes, utilizam-se as expressões dano material e dano moral, para descrever, respectivamente, os danos patrimoniais e extrapatrimoniais; porém, dita terminologia apresenta-se insatisfatória para representar a distinção entre as duas categorias, mormente quando a designação “dano moral” traduz uma vinculação à

¹⁶ DE CUPIS, Adriano. **El Daño**. Tradutor: Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch., 1975, p. 121-22.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73-4.

¹⁸ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39.

¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

idéia de dor²⁰, que pode estar presente ou não nesta categoria, sendo a designação “dano extrapatrimonial”²¹ mais ampla, ou seja, é gênero do qual aquela é a espécie.²²

A partir de tal premissa, pode-se concluir que todo dano moral será um dano extrapatrimonial, mas nem todo dano extrapatrimonial revelará um prejuízo de ordem moral, embora os conceitos sejam, no mais das vezes, utilizados indiscriminadamente, em especial, na jurisprudência.

Já advertia Pontes de Miranda quanto ao sentido amplo empregado pelos juristas na utilização da expressão “dano moral”, em que seria equivalente ao dano não patrimonial, não se confundindo com o senso estrito do dano moral, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica.²³

Tem-se, portanto, que a denominação dano extrapatrimonial apresenta uma amplitude maior e sentido técnico mais preciso, embora não se olvide da utilização mais corriqueira e de maior tradição, entre nós, da expressão dano moral.

Não é, todavia, a natureza do direito que define a espécie de dano, mas o efeito da lesão na pessoa do ofendido, de modo que uma lesão à personalidade pode ensejar dano moral, como também dano patrimonial, como já adiantado acima, sendo certo que nem sempre o dano extrapatrimonial decorre da violação dos direitos da personalidade.²⁴

Na observação de Alfredo Minozzi,

La distinzione del danno in patrimoniale ed non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti. Quando parleremo di danni non patrimoniali, intendiamo parlare di danni che non ledono il patrimonio della persona. Il contenuto di questi danni non è il danaro, nè una cosa commercialmente riducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l'emozione, l'onta, lo

²⁰ Sérgio Severo observa a tendência, cada vez maior, de se abolir o subjetivismo do campo do dano extrapatrimonial, razão por que há uma propensão de superar a dor, como caractere distintivo, hábil a realizar uma conceituação substancial do instituto (SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41).

²¹ A escolha tampouco é imune a críticas, apontando os seus opositores à vagueza da denominação, remetendo a um conceito negativo de dano, com destaque a uma indesejável concepção patrimonialista do dano, porquanto toma o patrimônio por referência, ao passo que o centro da consideração deveria ser a pessoa humana. (ITURRASPE, Jorge Mosset, *apud* ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**, p. 42).

²² SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 35-6.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 26, p. 31.

²⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46-7.

strazio fisico o moral, in generale una dolorosa sensazione provata dalla persona, atribuendo alla parola dolore il più large significato.²⁵

O dano extrapatrimonial, portanto, vem sendo caracterizado na doutrina pela forma negativa, ou seja, em oposição ao dano patrimonial.

Adriano De Cupis endossa a conceituação negativista:

El daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial.²⁶

A crítica geralmente apontada ao método de exclusão consiste na falta de enunciação explícita da gama de danos que comportam a categoria, deixando ao intérprete a sua formulação concreta²⁷, de modo que a caracterização do instituto haveria de ser feita pelos seus próprios elementos.

Nessa linha, Yussef Said Cahali sugere a seguinte conceituação de dano moral:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.²⁸

Carlos Alberto Bittar, por sua vez, define os danos morais como *“aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social”*, que são perceptíveis pelo senso comum, e identificados pelo juiz, a partir do caso concreto, apreciando as circunstâncias e peculiaridades, sem olvidar da repercussão do dano na esfera do ofendido.²⁹

²⁵ MINOZZI, Alfredo, *apud* CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p. 19.

²⁶ DE CUPIS, Adriano. **El Dano**, Tradutor: Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1975, p. 122.

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 35.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 20-21.

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 38.

Em um sentido amplo, o dano moral alcança os mais diversos graus de violação dos direitos da personalidade, envolvendo todas as ofensas à pessoa, em suas dimensões individual e social, ao passo que no sentido estrito, fica circunscrito à violação do direito à dignidade, como nos casos de ofensa aos atributos inerentes à personalidade, tais quais o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade e à privacidade.³⁰

Outra distinção que costuma ser feita é entre danos extrapatrimoniais objetivos e subjetivos, em que os primeiros correspondem à idéia de ofensa a valores imateriais, cujo conceito prescinde de padecimento interno, ferindo sua “honra externa”, ao passo que os segundos são sentidos pela vítima em sua intimidade psíquica, gerando dor e sofrimento nessa esfera ou mesmo no físico, do que é exemplo o prejuízo de afeição, decorrente da perda de familiar próximo, podendo coexistir as duas categorias.³¹

Diz-se, ainda, ser o dano extrapatrimonial puro aquele, subjetivo ou objetivo, “[...] que se apresentar desacompanhado de qualquer índole econômica”.³²

Como visto, o dano extrapatrimonial não está vinculado à reação psíquica da vítima, pois é possível que haja violação à dignidade da pessoa humana, desacompanhada de dor, vexame ou sofrimento, tornando viável o seu reconhecimento nas hipóteses em que a vítima não é capaz de detrimento anímico, alargando a extensão da tutela à integralidade dos bens personalíssimos, de modo que a categoria fica melhor colocada sob a denominação de dano imaterial ou não patrimonial, a exemplo do Direito Português.³³

Portanto,

[...] dano extrapatrimonial é a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial, não justificando-se a busca de uma definição substancial, uma vez que tal concepção constituir-se-ia numa limitação desnecessária ao instituto.³⁴

1.2 Nexo Causal

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82-4.

³¹ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44-5.

³² Ibid., p. 45.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 83-4.

³⁴ SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 43.

O segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser estudado é o nexo causal.

Não é suficiente que o lesado tenha sofrido um dano, e que o agente tenha praticado um ato ilícito; é necessário que esse dano tenha sido gerado pela conduta ilícita daquele, ou seja, que haja entre ambos uma relação de causa e efeito, sem o que a responsabilidade não poderá ser imputada ao autor material do fato.³⁵

O conceito de relação de causalidade tem inspiração em uma concepção naturalística, o que pode não ser o mais adequado, já que sua definição traduz uma noção eminentemente jurídico-normativa, ou seja, importa estabelecer a relevância jurídica de cada uma das causas que podem integrar o processo, cujos critérios de escolha são precipuamente normativos.³⁶

Há diversas teorias doutrinárias acerca da identificação das causas e condições, havendo teorias que as equiparam (generalizadoras), como a da equivalência dos antecedentes, e outras as distinguem (individualizadoras), como a da causalidade adequada e a do dano direto e imediato.³⁷

Como referido, a *teoria da equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non* não faz distinção entre causa e condição, ou seja, havendo várias condições para a produção de um determinado resultado, todas têm o mesmo valor e relevância, sendo equivalentes. Assim, “*condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito*”.³⁸

A crítica central à teoria é a de que conduz a uma definição causal-naturalista do nexo causal, olvidando-se da noção jurídica, bem assim que sua aplicação no plano da responsabilidade civil objetiva poderia dar ensejo a exageros, com a responsabilização solidária de todos aqueles que tomaram parte na causação do dano, ainda que pequena ou mínima tenha sido a sua participação.³⁹

Já, na teoria da causalidade adequada, causa “[...] é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado”⁴⁰, ou seja, dentre uma multiplicidade de condições que tiverem concorrido para determinado resultado, somente será considerada causa aquela que for a mais adequada para a produção

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

³⁷ Ibid., p. 154.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 48.

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 154-55.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 49.

do fato danoso, de modo que há uma distinção entre causa e condição, entre os antecedentes com maior e menor relevância.⁴¹

Aqui, a dificuldade de ordem prática surge quando há um processo de causas complexo para determinado fato, havendo uma multiplicidade de possíveis causas, sendo difícil definir qual a mais adequada, optando a doutrina por uma formulação negativa da teoria, ou seja, através de uma análise retrospectiva, com a verificação da causa inadequada, daquela que não tiver aptidão para a geração do fato, for estranha ou indiferente a este.⁴²

Não há como fugir da solução casuística, observada a realidade fática, com bom senso e ponderação. “*Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento*”.⁴³

Daí advém também uma das principais críticas à teoria, quanto ao excesso de abstração, complexidade e imprecisão; porém, é inegável que representou um notável avanço em relação à teoria da equivalência dos antecedentes.⁴⁴

Merece destaque, ainda, a teoria do *dano direto e imediato*, encampada no direito brasileiro por Agostinho Alvim, e que, segundo ele e outros autores, estaria expressa no artigo 403 do Código Civil de 2002 (artigo 1.060 do Código Civil de 1916).⁴⁵

Dita teoria, também chamada de *teoria da interrupção do nexu causal* (Enneccerus), ou *teoria da relação causal imediata* (Alvim), exige que haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata⁴⁶, em que o agente responde pelos danos que se liguem a seu ato por um vínculo de necessariedade; já, pelos danos derivados de causas estranhas, seriam responsáveis os agentes respectivos.⁴⁷

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156-57.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 49.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 157-58.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 588-89.

⁴⁶ A expressão não indica a causa temporalmente mais próxima do evento, mas aquela que foi mais direta e determinante, segundo o curso natural e ordinário das coisas. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 52).

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 587-88.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino sugere a conjugação das teorias em três grandes perspectivas, iniciando-se pela teoria da equivalência dos antecedentes, enfatizando a “condicionalidade” da causa, a fim de verificar se o fato pode ser incluído no processo causal, seguindo pela teoria da causalidade adequada, analisando a adequação do fato na produção do resultado, percorrendo, em seguida, a teoria do dano direto e imediato, em que se aprecia a “necessariedade” da causa imputada, à luz do postulado da razoabilidade.⁴⁸

Conclui o autor:

A conjugação das teorias mostra-se não apenas possível, como recomendável, pois a noção de causa necessária ou adequada, em seu sentido negativo, avaliada com razoabilidade, permite estabelecer um limite jurídico-normativo para a teoria da equivalência dos antecedentes na fixação dos danos indenizáveis.⁴⁹

De relevo, ainda, referir que o direito positivo brasileiro institui a solidariedade dos co-agentes ou o denominado *nexo causal plúrimo*, em que, havendo mais de um agente causador do dano, permite-se à vítima eleger, dentre os co-responsáveis, aquele que lhe parecer mais apto a suportar o encargo ressarcitório, reclamando de qualquer um a reparação integral do dano, a teor da regra ditada pelo artigo 942 do Código Civil de 2002, correspondente àquela do artigo 1.518 do Código Civil de 1916.⁵⁰

Àquele que for eleito, competirá agir, em regresso, contra os demais co-obrigados, exigindo a quota proporcional, ou mesmo contra o causador direto do dano.⁵¹

Na *causalidade alternativa*, em que o dano é causado por vários agentes, permite-se a responsabilização de todos os integrantes do grupo, ainda que não se saiba quem, dentre eles, tenha sido o causador efetivo do dano, do que é exemplo o disposto no artigo 938 do Código Civil, atinente à responsabilização dos moradores de prédio de onde tenham caído objetos e gerado danos a terceiros.⁵²

Por fim, mencionam-se as causas de exclusão do nexo causal, que se dá nas hipóteses de caso fortuito, força maior, e fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

⁴⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

⁴⁹ Ibid., p. 163-64.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82.

⁵¹ Ibid., p. 83.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62-3.

Na concorrência de culpa ou participação da vítima no evento danoso, o nexo causal não é considerado em termos absolutos, por não ter sido ele o elemento essencial da extensão do dano, que não teria atingido tais proporções, caso a vítima não houvesse concorrido para o seu agravamento, ou seja, se a vítima concorre por fato seu, para o evento lesivo, terá de suportar os efeitos, integralmente ou proporcionalmente, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.⁵³

Já, o caso fortuito e a força maior, disciplinados pelo artigo 393 do Código Civil como “*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”, caracterizados como acontecimentos que escapam à diligência, sendo estranhos à vontade do devedor da obrigação, rompem o nexo de causalidade.⁵⁴

Embora não haja entendimento uniforme na doutrina, tem-se que a imprevisibilidade (específica, atinente a um fato concreto) é o traço distintivo na caracterização do caso fortuito, ao passo que a inevitabilidade – em função do que era razoável exigir-se - é o que identifica a força maior. Assim, *caso fortuito* é o evento imprevisível, e, por isso, inevitável, enquanto a *força maior* está relacionada aos eventos que, ainda que previsíveis, por serem superiores às forças do agente, tais quais os fatos da Natureza (*acts of God*), não podem ser evitados.⁵⁵

2. ELEMENTOS VARIÁVEIS

2.1 Fator de Atribuição: Culpa e Risco

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 62-3.

⁵⁵ Ibid., p. 68.

O conceito de culpa (*faute*) surgiu como expressão do princípio da autonomia da vontade⁵⁶ na responsabilidade civil, tendo como pano de fundo o Estado Liberal, cujo modelo econômico adotado era o liberalismo, voltado para a liberdade da iniciativa individual.⁵⁷

O princípio da culpa, constituindo o ponto primordial do sistema tradicional de responsabilidade civil, indica que ninguém pode ser obrigado a ressarcir um dano, se não o causou, seja intencionalmente (com dolo), seja por descuido (culpa), conceito adotado pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186 (artigo 159 do Código Civil de 1916).⁵⁸

Assim, surge como pressuposto para a obrigação de indenizar que o agente causador do dano tenha agido com culpa, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência; se a atuação lesiva é deliberadamente procurada, fala-se em dolo (culpa *lato sensu*), mas, se o dano decorre de conduta negligente ou imprudente do agente, tem-se a culpa *stricto sensu*, implicando, em qualquer das modalidades, em violação do dever de previsibilidade quanto a certos fatos ilícitos, bem assim a adoção de cautelas aptas a evitar sua ocorrência.⁵⁹

São, portanto, elementos da conduta culposa: a conduta voluntária com resultado involuntário; a previsão ou previsibilidade; a falta de cautela, cuidado, diligência ou atenção.

Diz-se da conduta voluntária aquela sem intenção, mas com vontade, não dirigida a um fim determinado, mas a certa conduta, onde se localiza a voluntariedade, não no resultado.⁶⁰

A previsão é do resultado representado, mentalmente antevisto, embora não desejado - de onde se extrai a distinção do dolo -, ou, ao menos, previsível, ou seja,

⁵⁶ Diz-se autonomia da vontade ou autonomia privada do poder dos privados de dirigirem seus destinos com autonomia, fazendo-o com força e tutela jurídica, com ênfase no fazer valer as decisões individuais com força normativa. Como toda atribuição de autonomia demanda, como fator de equilíbrio, a atribuição de responsabilidade, com o recebimento daquela, segue-se a responsabilidade pelas conseqüências das decisões tomadas, em especial se forem danosas. Dita responsabilidade só pode ser atribuída àquele que age com culpa. (*in* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Artigo: Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In.: MELO, Cláudio Ari ... [et. Al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102-104).

⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 42.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 537.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

ainda que não previsto, poderia, razoavelmente, sê-lo, tendo-se em conta o homem médio, mas sem olvidar as condições pessoais do agente.⁶¹

Na noção de culpa, encontram-se compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, expressando o elemento essencial, que é a falta de diligência, de prevenção e cuidado.⁶²

A negligência está associada à omissão do que razoavelmente se faz, derivada da falta de observância das normas que determinam o agir com atenção, solicitude e discernimento, estando relacionada à desídia, ao passo que a imprudência é a precipitação de atitude, a ação sem cautela, em contradição às normas da sensatez, ligada à temeridade. Já, a imperícia é falta de habilidade.⁶³

Distinguem-se, ainda, os diversos graus de culpa, classificando-os em culpa grave, leve e levíssima, sendo a primeira aquela que mais se avizinha do dolo, oriunda de violação mais séria do dever de diligência exigido do homem médio, enquanto a culpa leve é falha que poderia ser evitada com atenção ordinária; por fim, a culpa levíssima exige extraordinária cautela, especial habilidade ou conhecimento singular para sua exclusão.⁶⁴

Embora nosso Código Civil não efetue a distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação dos danos, havendo o dever de reparar em qualquer das hipóteses, calculado com base na extensão do dano, poderá trazer reflexos no montante indenizatório, tal qual dispõe o parágrafo único do artigo 944 do referido código, sobre o que falaremos com mais vagar no próximo capítulo.⁶⁵

Ao final do século XIX, com a Revolução Industrial e a produção em larga escala, sendo as máquinas pouco sofisticadas e os empregados despreparados, observou-se um aumento dos acidentes de trabalho; associado a isso, a evolução dos meios de transporte, em especial, do trem, deu causa a uma gama de novos prejuízos, começando a ser discutido o princípio da culpa como fundamento

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35-6.

⁶² DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**: volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 120.

⁶³ *Ibidem*, p. 120-21.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 538.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 538.

exclusivo da responsabilidade civil, devido à dificuldade freqüente em sua prova, restando as vítimas sem reparação.⁶⁶

Inicialmente, ampliou-se o conceito de culpa, alargando-se o elemento objetivo em detrimento do subjetivo, passando-se, em seguida, a serem utilizadas as presunções legais de culpa, relativa e absoluta (*juris tantum* e *juris et de jure*), para, mais tarde, adotar-se uma noção mais abstrata em vez de uma apreciação individual e concreta da responsabilidade do agente, culminando com a inversão do ônus da prova.⁶⁷

Finalmente, foi concebida a *teoria do risco*, para dar lastro à responsabilidade objetiva. Sendo risco perigo, probabilidade de dano, importa dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deverá assumir os riscos, reparando eventuais danos que dela decorram, independentemente da culpa, resolvendo-se a questão na relação de causalidade, sendo responsável o que materialmente causou o dano.⁶⁸

Várias concepções surgiram em torno da idéia central do risco, passando pelo *risco proveito*, em que o responsável é identificado com aquele que tira proveito da atividade danosa (ganho e encargo); o *risco profissional*, em que o dever de indenizar decorre da atividade ou profissão do lesado; o *risco excepcional*, cuja reparação é conseqüência de um dano oriundo de um risco excepcional, como, por exemplo, nas redes elétricas de alta tensão e exploração de energia nuclear; o *risco criado*, derivado do fato de o agente, em virtude de sua atividade ou profissão, criar perigo a terceiros, devendo reparar os danos, exceto quando prove que tomou todas as cautelas tendentes a evitá-lo; por fim, a teoria do *risco integral*, a mais extremada de todas, pois sustenta haver dever de indenizar, mesmo quando não haja nexo causal, exigindo apenas o dano.⁶⁹

Na responsabilidade civil objetiva, confere-se maior importância ao dano sofrido pela vítima, por representar fator de desequilíbrio social, fundamentada na noção de risco social, implícita em algumas atividades, especialmente a indústria, os meios de transporte de massa e as fontes de energia.⁷⁰

Sergio Cavalieri Filho sintetiza a responsabilidade objetiva na obrigação de dotar de segurança o exercício de qualquer atividade perigosa, de modo a não gerar

⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

⁶⁷ Ibidem, p. 44.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

⁶⁹ Ibid., p. 143-45.

⁷⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 46-7.

danos a terceiros, sob pena de responsabilização independentemente da culpa.

Sublinha o autor:

Risco e segurança andam juntos, são fatores que atuam reciprocamente na vida moderna, cuja atividade primordial é **driblar riscos**. Onde há risco tem que haver segurança; há íntima relação entre esses dois fatores, como vasos comunicantes. Quanto maior o risco, maior o dever de segurança. A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com violação do *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco.⁷¹

Inicialmente, a doutrina do risco penetrou no direito positivo pátrio apenas em incidências específicas. O Código Civil de 1916, embora seja fiel à teoria da culpa, trouxe disposições que albergavam a teoria do risco, como a responsabilidade pelo fato das coisas (artigos 1.519, 1.520, 1.528 e 1.529); além disso, a responsabilidade objetiva foi prevista em diversas leis especiais, como o Decreto nº 2.681, de 7.12.1912 (estradas de ferro); o Decreto nº 3.724, de 15.01.1919 e seguintes, que disciplinaram as indenizações por acidente de trabalho; ainda, a Lei nº 6.194, de 19.12.1974 e suas alterações (seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores – DPVAT), dentre outras.⁷²

O panorama sofreu profunda mudança com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a responsabilidade objetiva como regra geral para as relações de consumo, invadindo terreno que, outrora, fora domínio quase exclusivo da responsabilidade subjetiva, de modo que na atualidade, a situação restou invertida, passando aquela a ter campo de incidência mais amplo do que esta.⁷³

O Código Civil de 2002 expressou a tendência de ampliação da responsabilidade objetiva, consagrando uma cláusula geral para sua aplicação, a teor do disposto no artigo 927, parágrafo único, de forma a permitir a extensão de sua aplicação para além dos casos expressamente previstos em leis especiais, permitindo que o juiz identifique novas hipóteses.⁷⁴

Assim, a teoria da responsabilidade civil comporta a culpa e o risco, os quais devem ser encarados como processos técnicos, cuja utilização é meio de assegurar às vítimas a reparação dos danos injustos que tenham sofrido, ou seja, quando a

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999p. 23-4.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 146.

⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

teoria subjetiva não puder explicar e sustentar o direito à indenização, é possível lançar mão da teoria subjetiva, pois “[...] numa sociedade realmente justa, **todo dano injusto deve ser reparado**”.⁷⁵

Na atualidade, o modelo misto da responsabilidade fundada na culpa e no risco tornou-se mais complexo, com o surgimento de um modelo coletivo de responsabilidade, sob a idéia da socialização dos riscos, tendo por pano de fundo a idéia da solidariedade. Dito modelo transcende o indivíduo, socializando as perdas, efetuando a transferência para toda a sociedade ou para parte desta de uma parcela do prejuízo, do que é exemplo o seguro obrigatório que envolve os veículos automotores.⁷⁶

Importa realçar que o dano, nessa perspectiva, deixa de ser visto como algo exclusivo contra a vítima, para ser contra a coletividade, sendo problema atinente a toda a sociedade.⁷⁷

Enquanto a responsabilidade subjetiva fica limitada às relações interindividuais, a objetiva prevalece nas relações entre o grupo e o indivíduo, especialmente nas relações de consumo, que analisaremos, mais atentamente, a seguir.

2.2 O Regime Consumerista

Como já mencionado acima, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, como deixaram claras as disposições dos artigos 12 e 14, na expressão “independentemente da existência de culpa”, restando como conseqüência que uma grande gama de situações identificadas como relações de consumo passou a ser resolvida com base nas regras atinentes à responsabilidade objetiva, fazendo com que a responsabilidade subjetiva representasse a exceção.

A ruptura do dogma da culpa, iniciada pela jurisprudência norte-americana, e, em um segundo momento, européia, com a objetivação da responsabilidade civil do fornecedor, foi o meio de conceder efetiva proteção ao consumidor contra os danos

⁷⁵ FACCHINI Neto, Eugênio. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Artigo: Da Responsabilidade Civil no Novo Código. MELO, Cláudio Ari ... [et. Al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 160-161.

⁷⁶ FACCHINI Neto, Eugênio. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Artigo: Da Responsabilidade Civil no Novo Código, p. 161-62.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 156.

oriundos dos acidentes de consumo, dada a extrema dificuldade de demonstrar a ocorrência de culpa do fabricante, do construtor, do produtor ou do prestador de serviços, quanto ao defeito no produto ou serviço, gerador do dano, culminando na sua irresponsabilidade até então.⁷⁸

O resultado foi a ampliação gigantesca do campo de incidência da responsabilidade civil, representando a maioria dos casos que aportam ao Judiciário, especialmente nos Juizados Especiais, chegando-se a falar em uma “indústria da responsabilidade civil”.⁷⁹

Para enfrentar essa realidade nova, desencadeada a partir da Revolução Industrial, com o desenvolvimento tecnológico e científico, é que foi articulado esse novo sistema de responsabilidade civil, dirigido às relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, à vista da insuficiência do sistema tradicional para a solução destes casos.⁸⁰

Citam-se três grandes modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil nas relações de consumo: a ação direta do consumidor prejudicado contra o fornecedor, deslocando-se a responsabilidade da conduta do autor do dano para o fato causador do dano, deixando a garantia inerente do produto de estar circunscrita à relação contratual na cadeia de venda, passando a abarcar diretamente o fabricante e o último consumidor; a superação da dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual, passando a relação de consumo a servir de fundamento à responsabilidade civil do fornecedor; a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, relacionada a um dever de segurança.⁸¹

Na sociedade de consumo moderna, o contrato desponta com uma concepção social, em que os seus efeitos na sociedade serão levados em conta, figurando a lei como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade, passando a proteger determinados interesses sociais, em que a confiança depositada no

⁷⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 481. O autor discorda da denominação, referindo que “não há indústria sem matéria-prima”, ou seja, o número de casos judiciais é proporcional à quantidade de danos injustos.

⁸⁰ Ibidem, p. 481.

⁸¹ Ibidem, p. 483-84.

vínculo, as expectativas e a boa-fé dos contratantes são valorizadas, perdendo a vontade a condição de elemento nuclear, substituída pelo interesse social.⁸²

Na nova teoria contratual, valores como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas são colocados ao lado da autonomia da vontade. Na teoria da confiança, a vontade declarada é mais valorizada do que a vontade interna, ganhando o elemento social significação, admitindo-se a responsabilidade daquele que, em face de sua conduta, faz nascer no outro contratante uma expectativa justificada no cumprimento de certas obrigações.⁸³

Ainda, há um novo ideal de concretude das leis. A fim de serem alcançadas as soluções dos problemas gerados pela nova realidade social, a opção é por soluções abertas, com o uso de noções-chave e princípios, como boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações, etc.⁸⁴

2.2.1 A Boa-Fé Objetiva e a Construção de Novos Parâmetros na Teoria Contratual

Destaca-se a boa-fé como um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

A boa-fé objetiva diz com um modelo de conduta social ou padrão ético de comportamento, impondo a cada um que aja com honestidade, lealdade e probidade em sua vida de relação, não se confundindo com a boa-fé subjetiva, atinente à crença do indivíduo de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico.⁸⁵

Apoiada em doutrina européia, Cláudia Lima Marques sublinha que

Fides significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de

⁸²MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 478 p., p. 74-75.

⁸³ Ibidem, p. 76-77.

⁸⁴ Ibidem, p. 78.

⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

“fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).⁸⁶

A partir da nova teoria contratual, restou modificado o modo de visualização estático da relação contratual, passando a ser dotado de um dinamismo, visto como um processo jurídico e social que se desenvolve no tempo, irradiando efeitos jurídicos durante a sua realização, mas também antes e após, de modo que durante as tratativas (fase de elaboração), bem assim em seu momento posterior, subsistem direitos e deveres outros, que não aqueles derivados da obrigação principal, ou seja, do contrato, não resulta apenas a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta.⁸⁷

Portanto, em uma relação contratual, dentre os deveres de prestação, podem ser destacados os deveres principais ou primários de prestação, que constituem o núcleo da relação obrigacional, definindo o tipo contratual; os deveres secundários, subdivididos em meramente acessórios, destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal, e com prestação autônoma, sucedâneos da obrigação principal; por fim, os deveres laterais, anexos ou instrumentais.⁸⁸

Os últimos são derivados de cláusula contratual, de disposição legal ou da incidência da boa-fé objetiva, dentre os quais, os deveres de cuidado, previdência e segurança; os deveres de aviso e esclarecimento; os deveres de informação; o dever de prestar contas; os deveres de colaboração e cooperação; os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da parte adversa; os deveres de omissão e segredo.⁸⁹

No Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé foi positivado, como linha de interpretação, a teor do artigo 4º, III, e também como cláusula geral (artigo 51, IV), reconhecendo uma série de deveres anexos às relações contratuais.⁹⁰

Assim, a boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, atuando na interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), na criação de novas

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 80-81.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 544 p., p. 438.

⁸⁹ Ibidem, p. 438-39.

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 83.

normas de conduta (função integrativa), bem assim na limitação dos direitos subjetivos (função de controle).⁹¹

No plano da obrigação de indenizar, as funções integrativa e de controle ganham relevo.

Na função integrativa, ela estabelece deveres para as partes, tais quais de informação, sigilo e proteção, que, quando violados, dão ensejo à obrigação de indenizar. O fabricante, por exemplo, deve instruir o consumidor sobre a correta utilização do produto, bem assim acerca de eventuais riscos.⁹²

O princípio da informação está previsto no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como um dos direitos básicos do consumidor, sendo que pela falta de informação adequada, o fornecedor pode responder pelo “risco inerente”, ou seja, o risco intrinsecamente ligado à natureza do serviço e ao seu modo de prestação (risco de produtos tóxicos, tratamento médico com efeitos colaterais, cirurgia de alto risco, etc.).⁹³

O dever de informar já se encontra na fase pré-contratual, nas tratativas entre o consumidor e o fornecedor, sendo fundamentais as informações na tomada de decisão, não devendo haver indução em erro, dolo, falha ou promessas vazias, pois as informações prestadas inicialmente integram a relação contratual futura, devendo ser cumpridas na fase de execução do contrato.⁹⁴

Houve uma inversão de papéis, impondo-se ao fornecedor o dever de informar sobre o produto ou serviço oferecido e sobre o contrato, estabelecendo-se um novo patamar de conduta e respeito no mercado, não sendo mais admissível o *dolus bonus* do vendedor.⁹⁵

O dever de proteção, igualmente, tem importância na responsabilidade por acidentes de consumo, impondo ao fornecedor o dever de garantir a segurança e a incolumidade física e patrimonial, colocando no mercado produtos e serviços que não apresentem defeitos.⁹⁶

⁹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

⁹² Ibidem, p. 68.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 486.

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 84.

⁹⁵ Ibidem, p. 84.

⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

Exemplificativamente, no contrato de transporte de passageiro e de bagagem por avião, ônibus, carro ou táxi, o transportador deverá tomar cuidados para não provocar danos aos passageiros e a seus pertences, mantendo o veículo de transporte em boas condições.⁹⁷

Veja-se que, ainda que não existente a relação de consumo, o princípio da boa-fé objetiva atua sobre o contato social, impondo ao fornecedor o dever de proteção, do que é exemplo o caso dos veículos furtados em estacionamento de shoppings centers (Súmula 130 do STJ).⁹⁸

Destaca-se, ainda, o dever de cooperação, consistente na obrigação de colaborar durante a execução do contrato, agindo com lealdade, sem obstruir ou impedir. Assim, o cumprimento das obrigações por um dos contratantes deverá ser facilitado pelo adverso, não obstando o acesso do consumidor aos seus direitos, abstendo-se o fornecedor de usar ou impor expedientes maliciosos ou desnecessários, que culminem por impedir o cumprimento da prestação principal.⁹⁹

Dito dever está refletido, igualmente, na redação dos contratos, merecendo relevo os contratos de adesão, os quais permitem contratação em massa, impondo condições gerais, as quais deverão ser redigidas de forma clara, precisa, facilitando a compreensão e com o devido destaque àquelas que representam limitação ou exclusão de direitos do consumidor.¹⁰⁰

Os deveres impostos pela boa-fé costumam ser observados apenas da perspectiva do fornecedor. Entretanto, é bom recordar que também o consumidor deverá agir em consonância ao princípio da boa-fé objetiva, de onde desponta a sua função de controle, proibindo-se que assuma uma posição jurídica contraditória ao comportamento anterior (*venire contra factum proprium*), que serve como exclusão ou atenuação da responsabilidade do fornecedor, devido à culpa exclusiva ou concorrente da vítima.¹⁰¹

Adverte Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Nas relações de consumo, o princípio da boa-fé objetiva, que é uma estrada de duas mãos no vínculo que une fornecedor e consumidor, apresenta relevância especial. Em muitos casos, a forte proteção

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 87.

⁹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 68-9.

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 85-6.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 86-7.

¹⁰¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 69.

concedida pelo microsistema do CDC tem servido de escudo para consumidores que, agindo de forma desleal, contrariamente aos ditames da boa-fé, busquem indenizações de prejuízos para cuja produção tiveram decisiva colaboração. [...] Assim, a boa-fé constitui um ponto de equilíbrio dentro das relações de consumo, exigindo lealdade e honestidade nas condutas tanto do fornecedor como do consumidor.¹⁰²

2.2.2 Fato do Produto e do Serviço e Vício do Produto e do Serviço

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do fornecedor é dividida em responsabilidade pelo *fato do produto ou do serviço*, compreendendo os defeitos de segurança (artigos 12 a 14), e responsabilidade *por vício do produto ou do serviço*, atinente aos vícios por inadequação (artigos 18 a 20).¹⁰³

Tanto uma espécie como a outra deriva de um defeito do produto ou do serviço; porém, no fato do produto ou do serviço, o defeito é de maior gravidade, dando ensejo a um acidente, gerando dano patrimonial ou extrapatrimonial ao consumidor. Ao comprometer a segurança do produto ou serviço, gera riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro (defeito de segurança). Por sua vez, o vício, dotado de menor gravidade, é inerente ao produto ou serviço em si, ficando a este limitado, causando o mau funcionamento e prejudicando a sua utilização (vício de adequação).¹⁰⁴

Nessa linha, consideram-se vícios “*as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor*”; igualmente, os que decorram de disparidades entre as indicações constantes do rótulo, embalagem, ou em contrariedade à oferta ou publicidade.¹⁰⁵ São os chamados vícios por inadequação: vícios de impropriedade, vícios de diminuição de valor e vícios de disparidade informativa.¹⁰⁶

¹⁰² Ibidem, p. 70.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 488.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 488.

¹⁰⁵ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 405.

Já, o defeito é o vício agregado de um *plus*, pois gera um dano mais amplo do que aquele derivado do mero mau funcionamento ou da falta total de funcionalidade do produto ou serviço, que não serviu ao fim a que se destinava, razão por que somente se pode falar em acidente de consumo quando presente a hipótese de defeito, que, todavia, pressupõe o vício.¹⁰⁷

Os defeitos podem ser de concepção, produção ou mesmo comercialização, dos quais derivam os acidentes de consumo, que se materializam com a repercussão externa do defeito do produto, gerando danos pessoais ao consumidor ou a seu patrimônio. Podem ser citados, como exemplos, a deficiência no sistema de freios de um veículo que vem a causar acidente com drásticas conseqüências; um erro na formulação de medicamento ou alimento, dando causa a danos à saúde dos consumidores; o defeito de fabricação ou montagem de eletrodoméstico, que provoca o incêndio e destruição da residência, etc.¹⁰⁸

Aponta-se como principal diferença entre o artigo 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor a designação dos agentes responsáveis, pois, enquanto pelo fato do produto, são especificados os responsáveis (o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, respondendo o comerciante apenas subsidiariamente), na responsabilidade pelo fato do serviço, o Código de Defesa do Consumidor fala apenas em consumidor, ou seja, respondem solidariamente todos os participantes da produção.¹⁰⁹

Diz-se, majoritariamente, na doutrina, que os pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor são o defeito, o nexo causal e o dano.¹¹⁰

2.2.2.1 O Produto ou Serviço Defeituoso

Interessa, pois, apreciar com mais vagar o conceito de defeito.

¹⁰⁷ NUNES, Rizzatto. Op. cit., p. 183-84.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 489.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 496.

¹¹⁰ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino aponta para um quarto requisito: o nexo de imputação, que é o vínculo estabelecido entre o defeito do produto ou do serviço e a atividade do fornecedor. Embora a imputação não decorra de culpa, suprimida do suporte fático do fato de consumo, deriva do risco da atividade desenvolvida por determinadas pessoas, que vem em seu benefício, justificando o dever de reparar os danos a que derem causa pela via dos acidentes de consumo. In: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, p. 118.

O conceito não é trazido de forma precisa pela legislação, mas expresso por meio de cláusula geral e aberta, competindo à jurisprudência e à doutrina estabelecer uma definição, fornecendo critérios para sua concretização.¹¹¹

Com lastro no parágrafo 1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, diz-se que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que, legitimamente, dele se espera. Assim, tem-se que há uma gama de riscos dos produtos, que devem ser eliminados, sem prejuízo à sua utilização. Exemplificando, no uso regular de um xampu ou sabonete facial, deve ser evitado o risco de qualquer dano aos olhos, caso, acidentalmente, venha a atingi-los; na produção de brinquedos infantis, há que ser prevista a possibilidade de que tal seja levado à boca, devendo ser evitados os riscos de intoxicação ou engasgue. Caso tais produtos não atendam à segurança legitimamente esperada, serão considerados defeituosos.¹¹²

Ainda, a disposição legal citada sugere algumas circunstâncias para a verificação concreta do que seja a “segurança legitimamente esperada”, a saber: a apresentação do produto ou do serviço, relacionada às informações prestadas, incluindo desde a publicidade pela mídia até as informações constantes do próprio produto; o uso e os riscos razoavelmente esperados, atinentes à utilização normal do produto, em consonância ao contexto social e à razoabilidade; a época em que o produto ou serviço foi colocado em circulação, verificando-se o estado da ciência na ocasião.¹¹³

Outras circunstâncias, a serem relevadas pelo juiz no processo de concreção da cláusula geral do defeito, são a natureza do produto, a partir de suas peculiaridades; a ação deletéria do tempo, em que o grau de segurança esperado de um produto novo é diverso de outro, com longo tempo de uso, observada a vida útil normal da espécie; o preço do produto ou serviço, sendo certo que os mais custosos, porque, de regra, mais completos e equipados, trazem em si uma idéia de maior segurança, sem implicar que os mais acessíveis não tenham o dever de

¹¹¹ Ibidem, p. 122.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 490.

¹¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 126-27.

segurança ou sejam considerados defeituosos; o respeito às normas técnicas e aos regulamentos administrativos.¹¹⁴

A responsabilidade civil por acidente de consumo engloba os danos gerados por produtos e serviços com defeito, sendo o conceito de produto ligado à idéia de bem, assim visto como o resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas, podendo ser móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto serviço é qualquer atividade fornecida ou prestada no mercado de consumo, estando expressos na legislação os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.¹¹⁵

Há que se ressaltar que alguns produtos são naturalmente perigosos, tendo aptidão a gerar danos, razão por que há de ser feita uma distinção entre produtos e serviços intrinsecamente perigosos, ou seja, aqueles que apresentam um risco inerente à própria qualidade ou modo de funcionamento, e acidentalmente perigosos, os quais adquirem dita qualidade em virtude de defeito de concepção técnica, de fabricação ou de informação, pondo em risco a saúde e a segurança do consumidor, ficando os primeiros, em princípio, excluídos do regime jurídico da responsabilidade por acidente de consumo do Código de Defesa do Consumidor, desde que natural o perigo e previsível dita periculosidade.¹¹⁶

¹¹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 128-29.

¹¹⁵ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 113-17.

¹¹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, p. 140-41.

PARTE II – EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Atualmente, à responsabilidade civil, bem assim ao princípio da reparação integral, é imputada uma multiplicidade de funções, ao lado da tradicional e precípua função de restauração dos danos ilícitos causados por terceiros.¹¹⁷

Assim, destacam-se as funções reparatória, compensatória, indenitória, punitiva e dissuasória.

1.1 O Princípio da Reparação Integral: Conteúdo

O princípio da reparação integral do dano injustamente causado parte da idéia de que esta deverá ser o mais ampla possível, ligando-se os modos de sua concretização à função primordial da responsabilidade civil, que é o restabelecimento do equilíbrio social abalado pelo dano, buscando-se, tanto mais quanto possível, recolocar o prejudicado na situação em que se encontrava antes de sofrer o ato danoso.¹¹⁸

Esta fórmula, segundo Judith Martins-Costa, traduz uma das diversas ficções jurídicas, pois há danos “irreparáveis”, embora passíveis de ressarcimento. A autora adverte, apoiada em Fernando Noronha, que os termos *reparação*, *indenização* e *ressarcimento*, em que pese relacionados ao instituto da responsabilidade, não são sinônimos.¹¹⁹

Indenização, que, no sentido etimológico, é tornar *in demne* (sem dano), tem significado meramente aproximativo. Já, do ponto de vista jurídico, pode apresentar um sentido amplo, incluindo tanto a reparação, como o ressarcimento, enquanto no sentido estrito, consiste na substituição do bem por seu equivalente pecuniário. A reparação, por sua vez, expressa-se pela *restituição in natura* do bem lesado.¹²⁰

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 885 p., p. 147.

¹¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 143.

¹²⁰ Ibidem, p. 143-44.

Embora a dificuldade em fazer desaparecer os efeitos danosos do ato ilícito, a reparação *in natura* constitui o modelo ideal em termos de justiça corretiva, sendo o que mais se aproxima do restabelecimento do *status quo ante* da situação, razão por que foi priorizada por várias legislações, passando pela germânica, portuguesa e mesmo a nacional. Contudo, devido à apresentação de dificuldades de ordem prática, seja diante da impossibilidade material de restauração do dano, por sua natureza, seja por falta de interesse do credor da obrigação, tem sido observado o domínio da reparação pecuniária nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive pelo direito brasileiro, ainda que reservado um espaço para a reparação *in natura*.¹²¹

O princípio da reparação integral está expresso no artigo 1.059 do Código Civil de 1916 (reproduzido pelo atual artigo 402), compreendendo, na indenização, o que se perdeu e o que se deixou de lucrar.

Com efeito, o dano, em sentido amplo, poderá dar ensejo a uma diversidade de prejuízos em consequência de um mesmo fato, de modo que o princípio da reparação integral tem por escopo fazer com que a indenização alcance todos os prejuízos decorrentes da situação concreta.¹²²

Em virtude de dito princípio, que se desenvolveu no direito francês, restou estabelecido que o juiz deve considerar a extensão efetiva dos prejuízos derivados do evento danoso, ao quantificar a indenização, evidenciando a primazia desta em relação ao grau de culpa do agente ofensor, como critério a nortear o arbitramento da verba indenizatória, diversamente do que ocorre na responsabilidade penal.¹²³

1.2 O Princípio da Reparação Integral: Fundamento e Funções

O princípio da reparação integral, acolhido pelo artigo 944 do Código Civil, encontra fundamento na justiça corretiva, desenvolvida por Aristóteles (*Ética a Nicômaco*), em que é buscada uma igualdade absoluta, a ser restabelecida pelo juiz, equalizando as coisas por meio da penalidade, mediante proporção aritmética, onde se encontra o “*embrião da noção moderna da responsabilidade civil*”. Tomás de

¹²¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-43.

¹²² SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 200.

¹²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 49.

Aquino complementou a concepção, admitindo a possibilidade de uma reparação superior ao dano na justiça comutativa, em um momento histórico em que ainda não havia evidente autonomia entre a responsabilidade penal e a civil, sendo aceita uma reparação superior ao dano efetivamente sofrido pela vítima, proporcional à gravidade da ação, com conteúdo penal.¹²⁴

Doutrinariamente, citam-se as funções reparatória, compensatória, indenitória, punitiva e dissuasória do princípio da reparação integral, as quais se identificam com as funções da responsabilidade civil.

A função reparatória traduz o ressarcimento do dano, através do restabelecimento da situação anterior, por meio de providências específicas, ou através de um equivalente pecuniário, orientação voltada para o passado, ou seja, um fato ocorrido, visando a minorar suas conseqüências. No montante indenizatório, a preocupação é com a vítima, desimportando a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, suas condições econômicas ou quaisquer outras circunstâncias.¹²⁵

Já, quando se trate de dano extrapatrimonial, não sendo possível restaurar o prejuízo sofrido, diz-se que a função é precipuamente compensatória, recebendo a vítima uma quantia em dinheiro ou outra forma de satisfação em razão do dano sofrido.¹²⁶

Pela função indenitória, é destacado o limite indenizatório. Assim, os prejuízos sofridos representariam um “teto indenizatório”, ficando vedado que o montante ultrapasse o equivalente aos danos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, traçando uma relação entre os dois princípios (princípio da reparação integral e o da vedação do enriquecimento sem causa), buscando evitar que ocorra uma atribuição patrimonial indevida ao lesado. Portanto, dita função tem sido apontada como obstáculo para as crescentes tentativas de atribuição da função punitiva ou sancionadora, e, por conseqüência, da recepção de institutos como os *punitive damages*.¹²⁷

¹²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-55.

¹²⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, 340 p., p. 224.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 147.

¹²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 59-63.

2 AS FUNÇÕES PUNITIVA E DISSUASÓRIA E OS *PUNITIVE DAMAGES*

Sob a égide do Estado Liberal, em que dominava a doutrina do liberalismo econômico, o individualismo jurídico, sustentado pela dicotomia público-privado, e a conseqüente cisão entre o Estado e a sociedade civil, a separação entre a matéria civil e os tipos penais traduzia a instrumentalização jurídica para garantir a perpetuação da nova ordem, sendo a separação entre pena e indenização conseqüência dessa mentalidade, em que a pena diria respeito, exclusivamente, ao Estado, e a indenização, ao cidadão.¹²⁸

Na atualidade, contudo, a responsabilidade civil assume um papel complexo. As profundas mudanças sociais ocorridas alteraram as relações sociais, que passaram a ser mais impessoais, ultrapassando os conflitos sociais a esfera do indivíduo, para alcançar grupos sociais, enquanto o capitalismo moldou uma sociedade com grande desigualdade, em que os avanços tecnológicos, a par das facilidades, deram ensejo a riscos e perigos antes inexistentes.¹²⁹

Nessa linha, a responsabilidade civil teve que passar por grandes alterações, passando-se a discutir o seu papel. Paralelamente à função tradicional de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas, avultando a função de prevenção de danos e também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil.¹³⁰

Com efeito, a função punitiva, deixada de lado após a demarcação dos espaços atinentes à responsabilidade civil e à penal, foi rememorada depois da aceitação da compensação dos danos extrapatrimoniais, passando a ser percebido um caráter de punição na hipótese, como forma estilizada e civilizada de vingança, funcionando a condenação também como meio punitivo. Houve, pois, um “*revival* da função punitiva”, recuperando-se a idéia das penas privadas, cujo nascedouro teve origem nos sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos *punitive dammages*.¹³¹

¹²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 195-202.

¹²⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 222.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 223.

¹³¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.163.

Por sua vez, a função dissuasória¹³² não leva em conta a conduta passada, donde se distingue da função punitiva, mas, pelo contrário, busca dissuadir condutas futuras, sinalizando aos cidadãos sobre as condutas que devem ser evitadas, porque reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. O objetivo é de prevenção geral, de dissuasão ou orientação sobre os comportamentos a evitar, servindo a condenação do responsável à reparação e à compensação dos danos individuais o meio para atingi-lo.¹³³

A função preventiva ou dissuasória é apontada como a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva, especialmente em hipóteses de natureza excepcional, em que a indenização compensatória não constitui resposta jurídica socialmente eficaz, pois em alguns casos, as somas, consideradas suficientes para compensar o dano extrapatrimonial, têm expressão econômica insignificante ao ofensor, de modo que funcionam de maneira inversa, como estímulo para a reiteração de sua conduta censurável. Objetiva a importante função, pois, mediante o incremento da sanção pecuniária, o restabelecimento da imperatividade do ordenamento jurídico e a eliminação de comportamentos não reprimidos pela indenização compensatória.¹³⁴

2.1 Os *Punitive Damages* no Sistema Anglo-Saxão: a Experiência Norte-americana

De se sublinhar que, em um olhar preliminar, mostra-se muito diferente a evolução dos *punitive damages* na tradição romanista, que serviu de base aos sistemas jurídicos europeus-continentais e latino-americanos, dentre os quais, o

¹³² Adverte Ponzanelli para os perigos dos extremos relacionados a esta função: de um lado, a chamada *overdeterrence* (ou super-prevenção) e, de outro, a *underdeterrence* (ou sub-prevenção), ambas com custos sociais altíssimos, em que a primeira se dá quando o sujeito que se encontra na condição de causar danos a terceiros vê-se compelido, ao reduzir os riscos dos eventos danosos, a assumir encargos tão onerosos, que tem de abandonar a atividade exercida, ao passo que a segunda se verifica quando as regras de responsabilidade civil não chegam a produzir a ampliação no padrão de segurança das atividades que são fontes potenciais de danos, sendo estruturalmente relacionada a uma situação de *undercompensation*; assim, se o causador do dano sabe que é provável que o custo global do ressarcimento será inferior ao dano sofrido pela vítima, restam diminuídos os incentivos para por em prática medidas para evitar a produção de danos (In: PONZANELLI, Giulio. **La Responsabilità Civile**. Bologna: Il Mulino, 1992, p. 31-32).

¹³³ FACCHINI Neto, Eugênio. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Da Responsabilidade Civil no Novo Código, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 164.

¹³⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 244.

nosso, e, de outra parte, a tradição do Direito anglo-saxão, destacando-se o americano.¹³⁵

Partindo-se do Direito Romano, a responsabilidade civil era originariamente concebida como um instrumento de sanção para tutela das situações jurídicas relevantes, em que as *actiones poenales* privadas visavam antes à sanção do que o ressarcimento do dano, ou mesmo à repressão das condutas lesivas aos interesses privados, como nos casos de furto e rapina, atuando mediante a cominação de obrigação a devolver algo que compensasse os danos gerados.¹³⁶

Dita função era assegurada em dois âmbitos, nas penas privadas e públicas, tendo lugar a primeira nos delitos contra a pessoa ou seus bens, ao passo que a segunda tinha por objeto os crimes ou delitos públicos, infrações ao Estado e à paz do reino.¹³⁷

Dito estado de coisas, porém, veio a modificar-se, passando o aspecto sancionatório a tomar parte dos setores penalmente relevantes, reservados ao Estado, desembocando na típica separação dos sistemas jurídicos atuais, em que o direito penal se encontra dissociado da responsabilidade civil.¹³⁸

No Código Civil francês, modelo que serve de paradigma na codificação moderna, percebe-se a nítida separação entre a matéria civil e a penal, passando a pena privada romana a ser vista como indício da barbárie das civilizações mais remotas.¹³⁹

Já, nos países de tradição anglo-saxônica, a questão apresentou-se de maneira muito diversa.

Na Inglaterra, já em 1200, havia leis que previam o ressarcimento em dobro nos casos de lesões pessoais causadas intencionalmente (*trespass*), embora fosse reconhecido o surgimento dos autênticos danos exemplares a partir de uma decisão proferida em 1763, no caso de um tipógrafo que fora preso sem motivo e mantido em cárcere por cerca de seis horas, seguido de um caso em que a residência de um

¹³⁵ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 37.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹³⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos, *apud* MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Brasília: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 28, jan.-mar. 2005, p. 15-32, p. 17.

¹³⁸ GALLO, Paolo. *Op. cit.*, p. 38.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p. 18.

editor de jornal foi cercada injustamente, tendo sido concedidas indenizações por danos exemplares.¹⁴⁰

Recentemente, houve um novo redimensionamento do campo de ação das penas privadas, consoante precedente jurisprudencial da “*House of Lords*” inglesa, restando alinhadas três hipóteses bem definidas: a) quando há ofensa de direitos fundamentais dos cidadãos pela administração pública; b) quando há intenção definida do ofensor em obter um lucro injustificado, não havendo outras sanções previstas; c) quando os danos punitivos estiverem expressamente previstos na legislação.¹⁴¹

Diversa é a situação de outros países de *common law*, como o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia e os Estados Unidos da América.

A efetiva disciplina da responsabilidade civil, como ramo autônomo do Direito nos Estados Unidos, ocorreu na segunda metade do século XX, período em que houve o crescimento da população e da industrialização, daí surgindo problemas derivados do convívio social, e a conseqüente necessidade de aprimoramento jurídico para solucionar os conflitos, passando os norte-americanos a clamar por regramentos próprios, vertidos pelo chamado *Tort Law* na seara da responsabilidade civil.¹⁴²

O campo da *law of torts* traduz, na *Common Law*, a idéia de responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos, abrangendo um grupo de infrações de ordem civil e também a infração contratual, as quais interferem com a pessoa, a propriedade, a reputação, com os direitos de ordem comercial ou social. São geralmente subdivididos em *intentional torts*, atinentes aos atos ilícitos praticados intencionalmente; *negligence*, correspondendo aos atos ilícitos derivados da negligência; finalmente, um terceiro grupo abrange a responsabilidade objetiva, decorrente da inobservância de uma conduta que deve ser sempre seguida, especialmente no desenvolvimento de atividades de risco.¹⁴³

Daí, portanto, decorrem alguns aspectos que diferenciam a *tort law* americana da inglesa, dentre os quais: o uso da negligência e sua prova para dar ensejo à reparação civil; a aplicação na responsabilidade objetiva, quando não observado o

¹⁴⁰ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 47.

¹⁴¹ GALLO, Paolo. Op. cit., p. 48.

¹⁴² VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão**: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 175 p., p. 45-46.

¹⁴³ VAZ, Caroline. Op. cit., p. 48-9.

dever de cuidado, com parâmetro no homem médio; a condenação do causador do dano ao pagamento de valor a título de punição, com caráter dissuasório.¹⁴⁴

Uma das principais críticas que alvejam os danos punitivos nos Estados Unidos diz com a sua imprevisibilidade, cujo valor indenizatório, desde os anos 70, em especial, nos casos envolvendo acidentes de consumo, muito frequentemente, supera a faixa do milhão de dólares.¹⁴⁵

Exemplificativamente, é citado o caso de uma idosa, que derramou café em seu colo, obtendo da rede de lanchonetes McDonald's uma indenização de US\$ 2.7 milhões; no mesmo gênero, o júri arbitrou, em favor de um comprador de um BMW, US\$ 4 milhões, por ter adquirido um automóvel repintado, que lhe fora vendido como novo; são referidas, ainda, centenas de bilhões de dólares de indenizações concedidas a fumantes e ex-fumantes.¹⁴⁶

No primeiro caso mencionado, a idosa sofreu queimaduras de segundo e terceiro grau nas nádegas, coxas e vulva, tendo permanecido hospitalizada por sete dias, além de ficar mais três semanas em recuperação, tendo perdido 20% de seu peso no interregno. Após tentativa extrajudicial de composição, sem êxito, serviram como acervo probatório no julgamento as fotos da pele da vítima queimada, além de testemunho do supervisor de controle de qualidade da rede de *fast food*, que deu conta das centenas de queixas recebidas em razão de queimaduras de outros consumidores, e de um perito em queimaduras, o qual atestou que, se houvesse redução em dez graus da temperatura do café (vendida a 170º), as queimaduras de tal nível ocorreriam após 8 segundos, contra os então atuais 3,5 segundos.¹⁴⁷

No caso do automóvel BMW, em que o autor fundou o pedido na omissão de informação acerca da repintura do bem, a empresa confessou adotar política, em que, caso o custo do reparo fosse superior a 3% do preço do veículo, este seria vendido como usado, ao passo que, se fosse inferior, seria vendido como novo, sem qualquer informação ao comprador acerca dos reparos. No caso específico, o custo do reparo correspondeu a 1,5% do preço do veículo, razão por que não houve

¹⁴⁴ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *apud* VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 229.

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 229-30.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. Op. cit., p. 231.

qualquer informação ao comprador sobre os danos e os reparos, tendo o júri concluído que a política de não-divulgação consistia em omissão fraudulenta.¹⁴⁸

Na situação em apreço, após reduzir a verba indenizatória arbitrada pelo júri, a Suprema Corte estabeleceu três diretrizes, a serem consideradas pelas demais Cortes estaduais na fixação dos *punitive damages*: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu, atentando-se para o fato de o prejuízo ter sido físico ou apenas econômico; se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou desconsideração à saúde e à segurança de terceiros; se o alvo da conduta é pessoa com vulnerabilidade financeira; se a conduta envolveu ações repetidas; se o prejuízo decorreu de ação intencional ou fraudulenta, ou de mero acidente; b) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*; c) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis ou administrativas impostas em casos semelhantes.¹⁴⁹

Outro caso paradigmático é do de *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981).

Um automóvel produzido pela Ford explodiu após acidente de trânsito, ensejando a morte de três ocupantes, tendo sido apurado que a explosão derivou da localização do reservatório do carburador na parte traseira do veículo, o que resultou de uma opção da empresa, à vista de uma economia equivalente a 15 dólares por automóvel produzido. Ou seja, após a realização de uma análise de custo e benefício, levando em conta a baixa probabilidade de ajuizamento de ações indenizatórias bem-sucedidas, a Ford optou em colocar o tanque em local inadequado e perigoso. Houve uma condenação de soma considerável, a título de *punitive damages*, tendo-se em conta o comportamento “altamente reprovável” da fabricante.¹⁵⁰

No caso em comento, o júri arbitrou a indenização, a título de danos punitivos, em 125 milhões de dólares, posteriormente reduzida a 3,5 milhões. O montante arbitrado conduziu a uma crise no sistema americano de responsabilidade civil, tendo sido ressaltada, por muitos autores, a incongruência de um sistema de penas privadas de tal amplitude, administrado sem as garantias oferecidas no rito penal, gerando a conseqüente incerteza nos operadores quanto às conclusões dos

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 237-39.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro)**. Brasília: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 28, jan. a mar. 2005, p. 19.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 19.

processos respectivos, os quais, muitas vezes, convertem-se em verdadeiras loterias.¹⁵¹

Com efeito, no sistema federal norte-americano, os Estados determinam a aceitação ou não das causas e o valor, que pode ou não ser limitado, nos *punitive damages*, cumprindo ao júri popular, primeiramente, decidir se cabe a imposição dos danos punitivos, e, em um segundo momento, arbitrar a soma, considerando o interesse estadual em punir o infrator e impedir a reiteração da conduta. Entretanto, não há parâmetros objetivos para guiar os jurados, o que contribui para que a decisão seja orientada por suas crenças e predileções, penalizando mais severamente os réus impopulares e abastados.¹⁵²

Neste sistema, não há limite fixado constitucionalmente para as indenizações da espécie, havendo, contudo, garantia constitucional contra indenizações arbitrárias ou irracionais, considerando-se violado o dispositivo do *due process* sempre que verificada a parcialidade no arbitramento dos *punitive damages*, independentemente do montante fixado, caso em que é obtido permissivo para recurso à Suprema Corte.¹⁵³

Dentre as questões que vem sendo debatidas, perquire-se se o cálculo dos *punitive damages* deve ser orientado por critérios, bem assim se há de ser mantida sua limitação à área dos *torts* ou estendidos ao setor do ilícito contratual, havendo uma clara tendência a que sejam admitidos também na segunda hipótese, ao menos, quando o fato caracterize, simultaneamente, o ilícito contratual e extracontratual. Discute-se, ainda, se as empresas devem sofrer tal espécie de condenação por atos de seus prepostos, e se tal pode ser coberta por seguro, hipótese em que a finalidade de prevenção e punição restaria esvaída, considerando-se que, em última análise, quem arcaria com o custo seria o público.¹⁵⁴

O que releva destacar, e que vem encontrando amparo para a aplicação do instituto nos países de tradição jurídica diversa, são os objetivos visados com a utilização da pena pecuniária nos danos extrapatrimoniais derivados de atos ilícitos, ou seja, além da tradicional função compensatória, o Estado norte-americano tem

¹⁵¹ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 50.

¹⁵² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 232-35.

¹⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin. Op cit., p. 237.

¹⁵⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, nota 1.525, p. 654-55.

por finalidade sinalizar que determinadas condutas tem maior grau de censura, e que, portanto, não são aceitas, evitando a reiteração da prática e, conseqüentemente, que mais pessoas sejam atingidas. A função é diversa do Direito Penal, na medida em que a pessoa da vítima é considerada, sem olvidar da função compensatória, paralelamente à punitiva.¹⁵⁵

De toda a sorte, nos Estados Unidos, o prestígio dos *punitive damages* é notável, havendo apenas cinco estados que não os admitem, exceto havendo previsão legal.

A aplicação, embora a variação, dependendo de cada estado, tem sido direcionada aos casos de negligência grosseira (*gross negligence*), como nas searas dos acidentes de trabalho e do erro médico; nas hipóteses de responsabilidade objetiva (*strict liability*), quando houver a colocação no mercado de produtos perigosos ou defeituosos, cujos produtores tinham ciência dos vícios ou deixaram de fazer os testes de segurança, demonstrando indiferença pela segurança, saúde ou bem-estar dos consumidores, tal qual no caso Ford, acima citado; ainda, na responsabilidade civil decorrente da quebra de alguns pactos contratuais, desde que a situação possa ser enquadrada no campo da *tort law* (responsabilidade civil por atos ilícitos), como, por exemplo, em hipóteses de quebra de promessa de casamento; conduta maliciosa ou opressiva; conduta fraudulenta; contratos de seguro e concorrência desleal, ou seja, quando verificado que o descumprimento contratual derivou de conduta maliciosa.¹⁵⁶

2.2 Os *Punitive Damages* no Sistema romano-germânico: a redescoberta das funções punitiva e dissuasória

Consoante já asseverado anteriormente, enquanto nos países de *common law*, verificou-se um incremento da aplicação das penas privadas, nos países de *civil law*, houve um declínio do instituto, a partir da expansão da seara penal, restando a responsabilidade civil limitada ao aspecto meramente ressarcitório.¹⁵⁷

¹⁵⁵ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50-51.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 51-57.

¹⁵⁷ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 52.

Entretanto, a idéia da pena privada e de uma função punitiva da responsabilidade civil não foi perdida completamente, tendo a doutrina, em um movimento crescente, continuado a sustentar sua utilidade em diversas ocasiões, podendo ser citados, dentre os doutrinadores que a defenderam ao longo do tempo, o belga Laurent, segundo o qual subjaz, na obrigação de ressarcimento dos danos, uma sanção civil, e, portanto, deve haver uma graduação, de acordo com o grau de culpabilidade do responsável, no que foi acompanhado pelos franceses Hugueney e Demogue, além de Starck, que ressaltou a sua aplicação, mesmo em casos de responsabilidade objetiva; e Tunc, para quem a pena privada representa o único meio de efetiva reação no caso de micro-lesões, em que o dano é muito difuso e de difícil visualização; ainda, G. Viney, considerando, em especial, os casos de ofensa a direitos da personalidade, em que a indenização deve ter caráter compensatório, mas também dissuasório, avaliando-se tanto a culpabilidade, como a extensão do dano.¹⁵⁸

Na Itália, Paolo Gallo lista quatro situações de aplicação da pena privada: a) nas hipóteses de responsabilidade civil sem dano, em que o comportamento lesivo não causa, necessariamente, danos, ao menos, economicamente perceptíveis desde logo ou quantificáveis; b) nas situações em que o lucro obtido com o fato lesivo suplantar o valor do dano, de modo que o dever de ressarcimento pode não ter qualquer efeito dissuasório; c) casos em que a probabilidade de sofrer condenação ao ressarcimento do dano é menor do que a possibilidade de causar danos, especialmente nos casos de danos difusos, ou seja, há probabilidade que muito poucos demandem em juízo, como na atividade da imprensa, na responsabilidade do produtor ou nos danos ambientais; d) nas pequenas lesões ou crimes de bagatela, observada a tendência de sanções substitutivas, administrativas ou civis, para penalizar os delitos de menor potencial ofensivo, caso em que as penas privadas poderiam se converter em um remédio intermediário entre a obrigação de ressarcimento dos danos e a responsabilidade penal propriamente dita.¹⁵⁹

As razões para o retorno da função punitiva ou do caráter exemplar da responsabilidade civil poderiam ser explicadas pela insuficiência das respostas oferecidas tão-somente pelo aspecto tradicional de mero ressarcimento, restando o

¹⁵⁸ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996, p. 52-55.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 175-79.

montante indenizatório limitado ao *quantum* efetivamente sofrido, consoante a teoria da diferença, em que o dano é visto como diminuição patrimonial, cuja fórmula de cálculo não se presta para o dano extrapatrimonial, em que há grande dificuldade no encontro de critérios unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das hipóteses.¹⁶⁰

Com efeito, na tutela indenizatória, destinada à reparação dos danos, tendo por objetivo o ressarcimento do ofendido, verifica-se certo antagonismo com a pena privada, uma vez que nesta, a finalidade é a imposição ao ofensor de montante superior ao prejuízo que causou, ocupando as funções preventiva e punitiva o lugar central, tendo por escopo a prevenção de ações ilícitas futuras, especialmente nos casos em que se verifica o enriquecimento do ofensor; na proteção dos interesses difusos; na tutela dos direitos da personalidade (em especial, direitos à imagem e à reserva da vida privada, vulneráveis por parte da imprensa).¹⁶¹

Inegável que a função sancionatória guarda íntima relação com a finalidade retributiva da responsabilidade penal, pois o grau de censurabilidade da conduta do responsável tem reflexos na obrigação de reparar os danos gerados, acrescentando o montante a ser pago, que aproveita ao ofendido, ou reduzindo-o, em benefício do lesante, o que torna a indenização bastante semelhante à pena privada.¹⁶²

De igual modo, a função preventiva da responsabilidade civil encontra simetria com a mesma função da pena criminal, também visando a dissuadir terceiros (prevenção geral) e o próprio ofensor da prática de atos prejudiciais a outrem (prevenção especial), encontrando especial relevância quanto aos danos culposos, que podem ser evitados.¹⁶³

Desse modo, a questão acerca da aplicação da pena privada reacendeu o debate sobre o sentido e as tarefas de competência da responsabilidade civil, sendo numerosos os fins cuja resposta dela se espera, dentre os quais: reparar o lesado, punir o ofensor, repartir perdas e distribuir riscos, prevenir comportamentos lesivos, assegurar o respeito à pessoa humana, etc., concluindo António Pinto Monteiro:

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). Brasília: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 28, jan. a mar. 2005, p. 21.

¹⁶¹ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, nota 1.536, p. 659-60.

¹⁶² NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. Disponível em:** <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>>. Acesso em: 13 nov. 2011, p. 31

¹⁶³ *Ibidem*, p. 31-32.

O apregoado renascimento da pena privada mais não traduzirá, assim, em primeiro lugar, do que a reacção de alguma doutrina contra o *aniquilamento* da função preventivo-sancionatória da responsabilidade civil e o progressivo *alheamento* desta perante a conduta do lesante. Aproveitando esse espaço em branco, o segundo passo é o de que a indemnização – limitada que está pelo valor do dano causado – não constitui, de *per se*, medida idónea a dar plena guarida à finalidade preventivo-sancionatória, razão por que a pena privada emergiria, a seu lado, em certos domínios e perante comportamentos especialmente graves, como a única resposta *eficaz* e verdadeiramente *responsabilizante*. O que implicará, quer um reacentuar do fundamento *ético-jurídico* da responsabilidade civil [...], quer, paralelamente, o emergir do direito civil cada vez mais como *direito constitucional das pessoas*.¹⁶⁴

Portanto, o paradigma reparatório, que perpassa na dogmática tradicional, restou consolidado na dicotomia Direito Civil-Direito Penal, destacando-se a atenção à pessoa da vítima no primeiro, e a repressão do ofensor ao segundo. Contudo, vem sido defendida uma maior interpenetração entre os dois ramos do Direito, permitindo-se, assim, o emprego de sanções de natureza penal na esfera do Direito Civil, que, segundo André Augusto de Andrade,

[...] cria uma nova arquitetura para a responsabilidade civil, que deve ser vista como um conjunto ordenado de princípios e regras voltado para a tutela simultânea dos interesses do indivíduo e da coletividade.¹⁶⁵

Para este autor, além das mencionadas funções de punição e dissuasão, a indenização punitiva atende a outros objetivos, que se encontram com aquelas conectados, a saber:

a) a eliminação do lucro ilícito, restando limítrofe com o instituto da restituição do enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil), como em hipóteses de uso indevido da imagem, em que jornais e revistas lucram com publicações de matérias falsas e ofensivas à honra de pessoas famosas;

b) a preservação da liberdade contratual, observados os casos de desrespeito à liberdade de contratar e de negociação das bases contratuais, em que, em busca de lucro, algumas empresas desconsideram contratos, tendo-se em conta que eventual sanção reparatória a ser imposta consistirá em preço satisfatório pela obtenção unilateral de bem cujo uso pressupunha o consentimento de outrem;

¹⁶⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, nota 1.536, p. 662-63.

¹⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 229-31.

c) a manutenção do equilíbrio das relações de consumo, pois alguns fornecedores, para elevar a margem de lucro, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, colocando no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a padrões de segurança, sendo eventuais indenizações muito inferiores aos investimentos que teriam de realizar, mormente porque muitos consumidores lesados não vão a juízo, pautando sua conduta pelo resultado de uma relação custo-benefício, em detrimento da lei e do direito alheio;

d) a defesa dos contratantes que se encontram em posição de inferioridade, como nos casos de lesão a direitos da personalidade dos trabalhadores assalariados (por exemplo, no assédio sexual no ambiente de trabalho ou outras situações de abuso de poder contra subordinados, implicando lesão a direitos da personalidade).¹⁶⁶

2.2.1 A aplicação das funções punitiva e dissuasória no Direito Brasileiro

A tese da função punitiva da indenização do dano extrapatrimonial, embora não adotada pelo legislador ordinário, já que não contemplada em nenhuma disposição específica do Código Civil, e tampouco no Código de Defesa do Consumidor, onde restou excluída por veto presidencial, vem encontrando respaldo em boa parte da doutrina e da jurisprudência nacionais.¹⁶⁷

No Direito pátrio, encontram-se alguns exemplos de institutos de Direito Civil com nítidos traços de sanção penal, como são os juros de mora, cuja natureza é denunciada pelo fato de que sua aplicação prescinde da comprovação do dano

¹⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 246-60.

¹⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 217-18. O artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor assim dispunha: *“Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – 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 a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.”* Nas razões do veto, foi mencionada a criação da “multa civil”, de valor expressivo, sem definição da destinação e validade. Denari discorda das razões do veto, ratificando que o propósito do legislador foi o de criar a figura da multa civil, cuja aplicação restou confiada ao prudente arbítrio do juiz, de acordo com as circunstâncias expostas no dispositivo vetado (DENARI, Zelmo. Artigo: Da Qualidade de Produtos e Serviços, Da Prevenção e da Reparação dos Danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, 1.012 p., p. 175).

decorrente da mora; a cláusula penal (artigo 416 do Código Civil), para cuja imposição, basta o descumprimento da obrigação à qual esteja atrelada; as arras (artigos 418 e 420 do Código Civil), igualmente não relacionadas a dano efetivo; o pagamento em dobro (artigo 940 do Código Civil), consistindo em penalidade cujo escopo é o de coibir a conduta reprovável de quem se diz credor e demanda por dívida já paga; a restituição em dobro (artigo 42, parágrafo único, Código de Defesa do Consumidor).¹⁶⁸

Na legislação brasileira, igualmente, há exemplos de referências à função punitiva da indenização do dano moral, como se depreende do disposto no artigo 84 da Lei nº 4.117, de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), ao indicar que o juiz deverá ter em conta a situação econômica do ofensor e a intensidade do ânimo de ofender, ao fixar a indenização do dano extrapatrimonial, bem assim o contido no artigo 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967), que, dentre os critérios para o arbitramento da indenização, arrola a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor; sua situação econômica e o fato de haver condenação prévia, fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação.¹⁶⁹

Como se pode observar, no Brasil, a menção à função punitiva e dissuasória é geralmente feita no âmbito dos danos morais, o que distancia bastante o tratamento da questão na esfera nacional, em relação à disciplina que recebe nos países da *Common Law*, em que as prestações punitivas e dissuasórias consistem em valor excedente àquele relativo aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.¹⁷⁰

A invocação dos *punitive damages* pela jurisprudência nacional tem sido alvo de críticas doutrinárias, como, por exemplo, a feita por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler. Para as autoras, não há necessidade do uso de tal fundamentação, havendo, no sistema, regras pontuais que, textualmente, permitem a correlação entre a censurabilidade da conduta do agente e a majoração do montante indenizatório, restando a invocação do instituto explicada a partir de

¹⁶⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 233.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 234-35.

¹⁷⁰ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

questões culturais, em que o “estrangeiro” é visto como critério de virtude intelectual ou cívica.¹⁷¹

Pertinente, pois, ter presente a distinção entre a doutrina dos *punitive damages* norte-americana e a consideração das funções punitiva e dissuasória no arbitramento da indenização derivada do dano extrapatrimonial.

A primeira, que implica em prestações excedentes, que não se confundem com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tem por pressuposto a comprovação de elementos subjetivos, tais quais a culpa grave, o dolo, a malícia, a fraude, dentre outros, ao passo que na segunda, são utilizados critérios de ponderação axiológica, visando, dentre outros fins, à dissuasão e à punição do responsável.¹⁷²

Advertem as autoras:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a **imposição de uma pena**, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição [...].¹⁷³

De fato, deve-se reconhecer a dificuldade de aplicar a indenização punitiva em relação ao dano material, tanto pela falta de regra expressa a contemplar a modalidade, tanto pela existência da regra tradicional de que a indenização se mede pela extensão do dano, de modo que a aplicação em relação ao dano moral encontra um campo mais firme.¹⁷⁴

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). Brasília: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 28, jan. a mar. 2005, p. 22.

¹⁷² Ibidem, p. 23.

¹⁷³ Ibidem, p. 23.

¹⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 262. O autor defende, entretanto, a possibilidade de aplicar uma indenização de caráter punitivo nos casos de enriquecimento ilícito, com a finalidade de impedir o lucro ilícito do agente.

André Gustavo de Andrade arrola alguns requisitos para a aplicação da indenização punitiva, afora o dano, a conduta comissiva ou omissiva e o nexo de causalidade.

O primeiro deles é a ocorrência do dano moral, aqui entendido como ofensa a algum dos direitos da personalidade, justificando-se a aplicação em face da lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou algum dos direitos relacionados da pessoa jurídica; o segundo é a culpa grave do ofensor, reservando-se a espécie aos casos de dano moral decorrentes de dolo ou culpa grave, em que o comportamento do agente se afigura especialmente censurável, tendo o ilícito sido praticado com intenção lesiva, desprezo ou indiferença pelo direito alheio, ocupando a função dissuasória plano de destaque, mormente quando verificada a reiteração da conduta ou um padrão de conduta negligente; ainda, como terceiro requisito, não indispensável, refere o autor a obtenção de lucro ilícito por parte do agente, em que seria cabível a indenização punitiva, independentemente do grau de culpa do agente.¹⁷⁵

Desse modo, a aplicação da indenização punitiva é injustificável em casos de culpa leve do ofensor, já que deve estar relacionada a comportamento especialmente reprovável, exceto quando houver ganho com o ilícito praticado, como já asseverado acima, e tampouco há de ser imposta em casos de responsabilidade objetiva, uma vez que a ausência de culpa afasta o fundamento da sanção de natureza penal. Exceção há de ser feita quando se produza prova acerca do dolo ou culpa do réu no evento, ainda que a hipótese seja albergada pela responsabilidade objetiva.¹⁷⁶

Uma das críticas que, costumeiramente, é feita ao instituto, é amparada na possibilidade de violação ao princípio da legalidade, pois, ao constituir uma *“figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal”*, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos cuja fonte normativa é a lei, impondo penas sem observância às garantias substanciais e processuais, asseguradas na esfera penal, dando ensejo ao *bis in eadem* e à possibilidade de indenizações em

¹⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 262-69.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 270-71.

cifras altíssimas, servindo de incentivo à malícia e à mercantilização das relações existenciais.¹⁷⁷

Maria Celina Bodin de Moraes, apesar de reconhecer as dificuldades de aplicação da indenização punitiva, considera-a viável em hipóteses excepcionais e previstas em lei, sendo usada em sua função de exemplaridade

[...] quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. [...] É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental.¹⁷⁸

2.2.1.1 A aplicação das funções punitiva e dissuasória na Jurisprudência Nacional

Muito embora não haja, no direito positivo pátrio, menção expressa à indenização punitiva, inexistindo qualquer dispositivo no Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor que a contemple, a jurisprudência brasileira é pródiga em exemplos de utilização das funções punitiva e dissuasória nas indenizações arbitradas, de regra, relacionadas aos danos extrapatrimoniais.

Em nosso sentir, tem-se como consolidada essa realidade, a qual deverá ser regulamentada por lei¹⁷⁹, que, como no mais das vezes, não se antecipa aos fatos, surgindo quando já sedimentada a situação, antecipada pela jurisprudência.

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 258-61.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 263.

¹⁷⁹ Há projeto de lei que visa à modificação de diversos artigos no Código Civil, dentre os quais, o artigo 944, com a inserção do parágrafo 2º, nos seguintes termos: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Atualmente, o Projeto de Lei do Senado leva o nº 413, de 2007, de autoria do Senador Renato Casagrande, tendo por ementa: “*acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei nº 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização*”, estando atualmente na Constituição de Justiça, Constituição e Cidadania, aguardando a designação de relator desde 14.01.2011. In: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81887. Acesso em 14.11.2011. Para Vaz, o tratamento dado à matéria no Direito Nacional, cada vez mais, assemelha-se ao instituto alienígena, desvinculando as funções dissuasória e punitiva dos demais danos (patrimoniais e extrapatrimoniais), demonstrando a intenção de inserir, expressamente, no ordenamento jurídico tal possibilidade a preocupação de adequação do sistema pátrio à realidade atual. In: VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 p. 82.

Em muitos julgados, há menção expressa aos *punitive damages*, enquanto em diversos outros, recorre-se à aplicação das funções dissuasória e punitiva para justificar o arbitramento dos danos extrapatrimoniais.

Cita-se, exemplificativamente, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial (nº 401.358 – PB), tendo por Relator o Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), versando sobre indenização por dano moral, derivada de notícia em periódico, em que, após serem considerados os objetivos de expiação do culpado e de satisfação à vítima, no voto do Relator, o instituto dos *punitive damages* é identificado com a “teoria do valor do desestímulo”, orientando a indenização, mediante a intenção de punir o causador do dano, a fim de que “ninguém queira se expor a receber idêntica sanção”.

Ressaltando que a aplicação irrestrita do instituto alienígena encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio, que veda o enriquecimento sem causa, concluiu o julgador:

Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.¹⁸⁰

Nesse caso, portanto, resta evidenciada a invocação mais comum, entre nós, do instituto, ou seja, como reforço argumentativo na justificação do montante indenizatório dos danos extrapatrimoniais, em lesão contra a personalidade, em que têm relevo as funções dissuasória e punitiva, servindo, em especial, como desestímulo para novas práticas (função preventiva ou dissuasória).

Na seara estadual, o Tribunal de Justiça gaúcho invocou a doutrina dos *punitive damages* em hipótese de descumprimento contratual em pacto de seguro de vida em grupo e acidentes pessoais.

No caso em comento, o autor aderiu à apólice de seguro quando firmou contrato de trabalho, tendo, vinte anos mais tarde, encaminhado pedido para resgate do valor relativo à aposentadoria por invalidez, recebendo quantias módicas na

¹⁸⁰Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200101691660&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 15 nov. 2011.

esfera administrativa (R\$ 1.232,23, complementados com R\$ 2.493,05), descobrindo que a razão do pequeno valor decorria do modo de aplicação da correção monetária.

Na sentença, a então julgadora de primeiro grau, atualmente, Desembargadora Liege Puricelli Pires, acolheu, integralmente, o pedido inicial, condenando a ré a pagar o valor da apólice, a indenizar os danos materiais e morais, esses arbitrados em R\$ 78.500,64.

Na fundamentação, foi considerado que a ré agiu com dolo, ao pretender aplicar norma atinente à correção monetária inadequada ao caso, interpretando-a de forma tendenciosa, restando caracterizado o enriquecimento sem causa, mormente em se cuidando de instituição financeira, que tinha plena ciência acerca das vantagens e desvantagens da opção entre um ou outro índice de correção monetária. Assim, após considerar que o autor restou inscrito em órgãos negativadores, por não dispor de crédito, em razão da conduta da ré, avaliando o grau de culpa desta e sua capacidade econômica, fez menção à lição doutrinária acerca da necessidade de desestímulo à reiteração do ilícito, e arbitrou a indenização de ordem extrapatrimonial em R\$ 78.500,00.

Em segundo grau, a decisão foi mantida pela Sexta Câmara Cível do TJ-RS, exceto quanto aos juros de mora, tendo o Relator, Desembargador João Batista Marques Tovo, adotado a doutrina dos *punitive damages*, como argumento para a fixação do elevado montante. Referiu ele:

Algumas seguradoras têm o mau hábito de empregar artifícios contábeis, entre outros, para aviltar o valor da indenização e, assim, ferrar seus cofres com as sobras. Esta circunstância reclama aplicação da teoria dos **punitive damages**. É preciso desencorajar a repetição de semelhantes condutas através de indenizações consideráveis. O valor pode parecer excessivo, mas é inferior ao capital segurado devidamente corrigido e penso que as circunstâncias do caso concreto autorizam sua fixação nesse patamar.¹⁸¹

Verifica-se, desse modo, a invocação da doutrina, novamente, com o fito de sublinhar o caráter dissuasório da indenização, chamando a atenção a particularidade da aplicação da espécie em hipótese de descumprimento de contrato

¹⁸¹ Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/em?q=70005349865&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribuna%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

de seguro, porém, compreendida a conduta da seguradora como dolosa, a justificar a elevada soma arbitrada.

De outra parte, ainda na esfera do Tribunal de Justiça Gaúcho, verificamos alguns julgados que rechaçam, expressamente, a aplicação do instituto, como se observa das decisões proferidas nas apelações cíveis de nº 70030012827, da Nona Câmara Cível, relatada pela Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira, em 24.06.2009¹⁸²; nº 70018626622, da Sexta Câmara Cível, de relatoria do Desembargador Osvaldo Stefanello, julgada em 08.05.2008¹⁸³; nº 70013361043,

¹⁸² A decisão restou assim ementada: **“APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CADASTRAMENTO INDEVIDO. DANO MORAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES, VIGENTE NO DIREITO NORTE-AMERICANO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA DO ARTIGO 475-J CPC.** 1. A sentença não é fora do pedido extra petita -, mas além do pedido ultra petita -. O julgador de primeiro grau optou por aplicar o instituto do "punitive damages, vigente no Direito Norte-Americano. O caráter punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do "punitive damages, vigente, como dito, no Direito Norte-Americano mas não aqui, neste país. Não é caso de nulidade, cabendo simplesmente a extirpação da parte excedente, qual seja, a condenação ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário. 2. Não demonstrada a existência do débito ou sua validade e regularidade, não há como encaminhar o nome da parte autora para o banco de dados dos cadastros negativos. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar. Evidente se mostra a ocorrência de danos morais pela inscrição indevida do nome do demandante nos cadastros restritivos ao crédito. Trata-se de dano moral in re ipsa, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. Reduzida a indenização para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pois quantia que se mostra adequada ao caso concreto e aos parâmetros adotados por este Colegiado. Juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pela variação mensal do IGP-M, ambos desde a data deste acórdão. 3. Afastada a pena relacionada à litigância de má-fé, porque a conduta processual da requerida não excedeu os limites do direito de defesa, não se enquadrando, pois, em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC. 4. Consoante a nova sistemática do CPC, o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, terá 15 dias para efetuar o pagamento. Não efetuando, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%. Isto ocorre independentemente de intimação do devedor para pagamento, fluindo o prazo do trânsito em julgado e não da data de intimação da sentença. APELO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME. (Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=punitive+damages&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 15.11.2011)

¹⁸³ Ementa: **“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NO ROL DE DEVEDORES. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO `PUNITIVE DAMAGES NORTE-AMERICANO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NO ASPECTO.** O quantum indenizatório referente ao dano moral deve respeitar o critério de razoabilidade e proporcionalidade, atendo-se à extensão real do prejuízo sofrido, de modo a compensá-lo, sem, no entanto, acarretar mudança de fortuna da vítima. Inteligência do art. 944 do CC/02 e seu parágrafo único. APELO DESPROVIDO.” (Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=punitive+damages&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 15.11.2011)

relatada pelo Desembargador Artur Arnildo Ludwig, julgada em 21.12.2006¹⁸⁴, também da Sexta Câmara Cível.

Da fundamentação destes julgados, denota-se ter sido feita a diferenciação entre o instituto norte-americano e o caráter punitivo-pedagógico das indenizações de ordem extrapatrimonial, enfatizando que não hão de ser confundidos, em que o primeiro poderia dar ensejo a indenizações milionárias, fugindo ao bom senso, ao passo que o segundo serve como parâmetro orientador do arbitramento judicial.

Porém, é na seara dos Juizados Especiais Cíveis Gaúchos, em que são albergados mais numerosos casos, em especial, atinentes às relações de consumo, que se observa uma crescente invocação do caráter punitivo e dissuasório das indenizações de ordem extrapatrimonial, em matérias em que, costumeiramente, não vinha sendo reconhecida a presença desta espécie de danos, uma vez que relacionados ao mero descumprimento de contratos, e que, portanto, no mais das vezes, encontravam a solução apenas na recomposição material do prejuízo, em aplicação da função tradicional da responsabilidade civil, ou seja, reparatória.

Assim, verifica-se um grande volume de demandas da espécie, com concentração especial nos vícios da prestação de serviços de telefonia, e, a partir daí, alastrando-se aos serviços bancários, de compras pela *internet* ou pela via

¹⁸⁴ Conforme ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERÍDICO OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ATENÇÃO AO CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO AO OFENSOR E COMPENSATÓRIO À VÍTIMA. INAPLICABILIDADE AO CASO PELO JUÍZO A QUO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO PUNITIVE-DAMAGES. 1 - Incontroverso o fato de que o anúncio registrado no site Almas Gêmeas pertencente à requerida, foi efetuado por terceiro alheio ao processo. 2- Atuando a ré como provedora de acesso à Internet e não sendo possível a identificação do real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é seu o dever de indenizar pelos danos à personalidade da autora. Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, ou seja, incumbe a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso. 3 - Não só como provedora de acesso em sentido amplo atuou a ré na relação em análise, como atuou também como prestadora de serviços, mesmo que gratuitamente. Evidencia-se a desmaterialização e despersonalização das relações havidas pelo uso da Internet, não sendo mais possível identificar o objeto e muito menos os sujeitos de tais relações. Assim, sendo a ré empresa que possui site na Internet de relacionamentos deve, a fim de evitar a incomensurável dimensão dos danos oriundos do mau uso de seus serviços, adotar medidas de segurança que diminuam tais riscos. 4 - Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. Inaplicabilidade do instituto norte-americano do punitive damages. Aplicação ao caso dos critérios para aferição do quantum a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro. NEGADO PROVIMENTO AOS APELOS, COM EXPLICITAÇÃO.” Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=punitive+damages&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 15.11.2011.

telefônica, e uma diversidade de situações derivadas de produtos viciados ou defeituosos.

Uma decisão que nos chama a atenção, porque bastante inovadora, é atinente a pedido de reparação de danos materiais e indenização de danos morais, em razão de fraude em concurso de loteria de chances múltiplas, o chamado “TOTO BOLA”, em que, julgando recurso contra decisão singular de improcedência, em 24.04.2007, a Terceira Turma Recursal Cível deu parcial provimento à insurgência da parte autora, aplicando a função punitiva da responsabilidade civil, e condenando o réu ao ressarcimento dos danos materiais, bastante diminutos (R\$ 11,00), bem assim ao montante de R\$ 10.400,00, a título de danos punitivos, o qual determinou fosse recolhido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

Ao proferir seu voto, o Relator, Dr. Eugênio Facchini Neto, após reconhecer a inexistência de danos morais “puros”, afastando o pedido respectivo, fundamentou a acolhida da pretensão, a título diverso e com outro destinatário, no princípio do “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, entendendo ter a ré praticado fraude, com vantagem absurdamente grande e ilícita, em prejuízo de milhares de apostadores.

O Relator esclareceu que a excepcional função punitiva da responsabilidade civil não se confunde com um “*simples critério de quantificação do dano moral*”, e prosseguiu, dissertando sobre dita função, em que citou o paradigmático caso norte-americano “*Grimshaw v. Ford Motor Co.*”, para concluir pela aplicação da mesma *ratio* ao caso em exame.

Fundamentou:

Se, na espécie, for aplicada apenas a função reparatória da responsabilidade civil, nós apenas iremos mandar devolver os míseros valores gastos com as cartelas. Em sendo assim, como já assinalado, seria até mesmo caso de carência de ação por ausência de interesse juridicamente relevante, pois o custo para mover a máquina judiciária seria incomparavelmente maior do que o resultado útil da demanda para os autores. E com isso os responsáveis pela fraude poderiam sair para comemorar os resultados: montaram uma loteria fraudada, lograram milhões de gaúchos e se apropriaram ilicitamente do lucro da “operação”, enquanto não foi ela descoberta. Agora bastaria reservar parte do numerário para pagar excelentes advogados para tentar levar o processo à prescrição ou explorar, *in favor reo*, as dúvidas que certamente subsistiriam. Será essa a proteção que a sociedade espera de seu ordenamento jurídico? Será este o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário? Entendo que não.

Assim, como os danos sociais causados pela ré foram maiores do que os danos individualmente sofridos pelos autores das diversas demandas que já aportaram na justiça – e que servem de

termômetro da justa indignação do povo gaúcho, que não tolera fraudes e desonestidades, mormente quando nela estão envolvidas pessoas oriundas de países vizinhos – é caso de aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, condenando-se a requerida a pagar uma espécie de pena privada.¹⁸⁵

Na decisão em comento, portanto, ainda que ressaltado o seu caráter de excepcionalidade, a aplicação da função punitiva teve nítidos contornos de *punitive damages*, pois restou, expressamente, afastada a pretensão de indenização de ordem extrapatrimonial, além de enfatizada a sua distinção do critério auxiliar para a mensuração dos danos morais.

Ainda, nas ações repetitivas atinentes a serviços de telefonia não contratados pelos clientes, inseridos, inadvertidamente, em suas contas telefônicas, vem sendo reconhecido o direito à indenização de ordem extrapatrimonial, com evidência ao caráter dissuasório do instituto, inclusive, com julgados, trazendo a figura dos *punitive damages* como fundamento.¹⁸⁶

¹⁸⁵A decisão restou assim ementada: “TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=71001280866&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATurmas%2520Recursais.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em 15.11.2011)

¹⁸⁶ Cita-se, exemplificativamente, a seguinte ementa de decisão proferida pela Primeira Turma Recursal Cível: “CONSUMIDOR. TELEFONE FIXO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. RESTITUIÇÃO

Outras hipóteses em que vem sendo acolhida a pretensão, fundada na função preventiva-punitiva da responsabilidade civil são aquelas que dizem com vícios de produto, especialmente em situações nas quais a questão não foi solvida na esfera administrativa, apesar dos esforços envidados pelos consumidores, que, muitas vezes, após diversas tentativas junto aos fornecedores, chegam a acionar o PROCON, sem êxito, ou em situações de prolongado período na tentativa de solucionar os defeitos, como quando há reiteradas visitas à assistência técnica.¹⁸⁷

EM DOBRO DOS VALORES PAGOS, FACE AO CARÁTER ILÍCITO DO PROCEDIMENTO DA OPERADORA. PUNITIVE DAMAGES. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, COM FUNÇÃO PUNITIVA E DISSUASÓRIA, POR EVIDENCIADA PRÁTICA ABUSIVA REPUDIADA PELO CDC (ART. 39, III). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA QUE DEVE SER AFASTADA. O autor refere em sua inicial estar sendo cobrado por serviço denominado "Seguro Premiado Ace". Porém, segundo alega, tal plano nunca foi contratado. Legitimidade passiva da ré, porque foi ela quem promoveu a cobrança indevida, fazendo constar tais rubricas nas faturas. Relação entre a seguradora e a operadora que configura res inter alios acta ao consumidor. Valores cobrados indevidamente, por não demonstrada a contratação dos serviços. Em face do princípio da carga dinâmica da prova, não se poderia exigir prova draconiana ao consumidor, de fato negativo. Ao contrário, à ré bastava juntar as gravações feitas por call center, meio pelo qual se realizam tais contratações. Repetição em dobro dos valores pagos, em face da ilicitude da cobrança. Inteligência do art. 42, parágrafo único, do CDC, que contempla verdadeira possibilidade de inserção da doutrina do punitive damages em sede de direito do consumidor, na esfera de nosso sistema judicial. Danos morais aferidos, porquanto a atitude abusiva e ilícita do fornecedor agrava substancialmente a condição de vulnerabilidade e impotência do consumidor, que, o mais das vezes, só constata a subtração de valores em suas faturas ocasionalmente, quando diversos pagamentos já foram realizados. Indenização não só pela pretium doloris em si, mas também em nome da função punitiva e pedagógica do instituto, considerando-se a reiteração de condutas semelhantes a do presente feito, que evidenciam desprezo absoluto pela boa-fé objetiva, norma que imanta o direito obrigacional e que impõe aos contraentes modelos de conduta que consoem aos postulados do sistema legal que rege as relações de consumo. O dano moral, pois, deriva do próprio ato ofensivo. Quantificação da indenização que deve ser mantida (R\$ 2.000,00), porquanto considerados os pressupostos da equação indenitária: grau da ofensa, capacidade econômica do ofensor e do lesado, função punitivo-pedagógica da indenização e compensação à dor moral. Valor, outrossim, que se conforma ao fixado em casos análogos. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002675908, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, Julgado em 30/09/2010)." Disponível em

http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=punitive+damages&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATurmas%2520Recursais.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_g=. Acesso em 15.11.2011.

¹⁸⁷ Exemplificativamente, citam-se as seguintes ementas de julgados da Terceira Turma Recursal Cível do RS: "RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIO DO PRODUTO NÃO SANADO PELO FORNECEDOR. BEM IMPRESCINDÍVEL AS ATIVIDADES LABORAIS DO AUTOR. MANUTENÇÃO DO EQUIPAMENTO NA ASSISTÊNCIA TÉCNICA POR MESES, ATÉ A DECISÃO DO CONSUMIDOR EM ARCAR COM O CONSERTO, EVITANDO MAIORES PREJUÍZOS. CONDUTA DESIDIOSA PARA COM O CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO NOTADAMENTE EM SEU ASPECTO DISSUASÓRIO. QUANTUM REDUZIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Recurso Cível Nº 71002836096, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 09/06/2011); "CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. INADEQUAÇÃO AO FIM A QUE SE DESTINAVA. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DOS FORNECEDORES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

Como se pode observar de tais exemplos, muito embora a aplicação da função punitivo-dissuasória esteja atrelada à configuração dos danos extrapatrimoniais, em muitos casos, o que se verifica, prioritariamente, é o objetivo de fixar uma pena, diante da conduta de desídia, malícia ou abuso do fornecedor, e, apenas em um segundo momento, o fito de compensar efetiva ocorrência de dano à esfera extrapatrimonial.

Obviamente, os valores conferidos a título de indenização não guardam qualquer semelhança com as somas aplicadas nos *punitive damages*; porém, é inegável a inspiração no instituto norte-americano, e bem assim a crescente aplicação do dito caráter dissuasório nas indenizações, ampliando, sobremaneira, as hipóteses caracterizadoras dos aludidos danos extrapatrimoniais, havendo uma tendência crescente nesse sentido.

2.2.2 Objeções à aplicação das funções punitiva e dissuasória

Muitas são as críticas feitas à aplicação das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, especialmente na feição mais semelhante à figura norte-americana dos *punitive damages*, sendo relevante ao estudo sua análise e consideração, a fim de que se possa chegar à conclusão equilibrada sobre o tema.

Dentre elas, algumas dizem respeito ao aspecto econômico e social, em virtude dos montantes conferidos, que, por excessivos, poderiam redundar em enriquecimento sem causa da vítima, fomentando a chamada “indústria do dano moral”, além de representar risco de produzir resultados social e economicamente danosos.

Conquanto o vício no produto, monitor de computador, por si só, não enseja indenização por danos extrapatrimoniais, no caso específico dos autos, constata-se que foram diversos protocolos abertos pelo consumidor visando sanar o problema da falta de peças, ausentes desde a entrega bem, e, nem assim a ré resolveu, evidenciando sua desídia e ensejando os transtornos noticiados que extrapolam um mero dissabor. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 1.500,00 que merece manutenção diante da capacidade econômica das partes e o aspecto lenitivo e dissuasório da medida. RECURSO DESPROVIDO.” (Recurso Cível Nº 71002649457, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 24/02/2011, grifos meus). Disponíveis em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=v%EDcio+produto+dissuas%F3rio&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATurmas%2520Recursais.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20. Acesso em 15.11.2011.

Atinente aos valores excessivos, a resistência pode decorrer, em grande parte, das notícias sobre os excessos cometidos em decisões judiciais derivadas da jurisprudência americana; contudo, o sistema judicial brasileiro apresenta muito menor risco do que o norte-americano, dele diverso, por ser o julgamento realizado por juízes togados, e não por um júri, como no segundo, além da possibilidade de revisão pelas Cortes Superiores, sendo raros os casos de indenizações milionárias no Brasil.¹⁸⁸

Já, em relação ao enriquecimento sem causa, há que se dizer que muitos sistemas em que são aplicadas as prestações punitivas destinam o numerário a ser pago a entidades públicas ou privadas, de interesse público, relacionado ao bem jurídico afetado, limitando-se o montante destinado ao ofendido à indenização compensatória, direcionando o restante à pessoa jurídica passível de fiscalização pelo órgão cedente.¹⁸⁹

Ainda, releve-se que, tal qual na indenização com função compensatória, por dano extrapatrimonial, eventual enriquecimento não pode ser tido como injustificado, se o seu escopo for o de suavizar os efeitos de lesão à dignidade humana, sendo “[...] *mais do que justificado: é devido*”.¹⁹⁰

Outrossim, nos casos em que a indenização punitiva atua como forma de impedir o lucro do ofensor com o ato lesivo, é preferível que a vítima receba um acréscimo pelo dano sofrido, a permitir o lucro do ofensor com a atividade ilícita.¹⁹¹

Já, em relação ao risco de produção de resultados social e economicamente danosos, salienta-se que o aspecto econômico não pode ser o único a ser considerado para concluir pela utilidade ou inutilidade de um instituto jurídico, além de não haver evidência a apontar a uma previsão econômica catastrófica das conseqüências da indenização punitiva, cujo emprego adequado, por outro lado, teria o efeito positivo de prevenir danos a consumidores e usuários de produtos e serviços, que são os destinatários das atividades econômicas.¹⁹²

Por sua vez, outras críticas dizem com o aspecto jurídico da indenização punitiva, sendo apontada a violação ao princípio da legalidade penal em sua

¹⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 272-74.

¹⁸⁹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84.

¹⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 302.

¹⁹¹ ANDRADE, André Gustavo de. Op. cit., p. 276, apoiado em GOMES, Júlio Manuel Vieira.

¹⁹² Ibidem, p. 280.

utilização, sujeitando o agente à dupla penalização, na esfera criminal e civil, além do impeditivo emanado do princípio da reparação integral, expresso pelo disposto no artigo 944, *caput*, do Código Civil.

Relativamente à dupla penalização, registra-se a vigência da independência das instâncias, podendo haver a responsabilização nas duas esferas, desde que configurado o ilícito em ambas. Ademais, o recebimento de reprimenda na esfera criminal não implica, automaticamente, no proveito da vítima, que, para ver reparados os seus danos, terá de ingressar em juízo. Ainda, se a indenização punitiva for arbitrada em favor de instituição terceira, tampouco aproveitará ao ofendido.¹⁹³

Já, o princípio da legalidade penal não é aplicável às sanções pecuniárias fixadas fora da esfera tipicamente penal, pois, em exame de suas raízes históricas, verifica-se que foi concebido para a proteção do homem contra o arbítrio na aplicação de penas especialmente gravosas, como as privativas de liberdade, as aflitivas ou corporais, e a pena de morte, muito diversas da pena pecuniária, que pouco se diferencia da sanção reparatória ou indenizatória, quanto à qualidade e à forma, e, ainda que o contrário seja entendido, entraria em rota de colisão com princípio mais elevado, qual seja, da dignidade humana, pois há situações em que os direitos da personalidade não têm como ser protegidos efetivamente, se não através da imposição de montante pecuniário, que traduza fator de coerção sobre o causador do dano e terceiros.¹⁹⁴

Ainda, impõe-se mencionar a objeção relacionada ao princípio da reparação integral, insculpido no artigo 944, *“caput”*, do Código Civil, em que se sustenta que o acolhimento da indenização punitiva, sem amparo em texto legal expresso, esbarra na função indenitória, pelo qual a extensão dos danos funciona como limite balizador da indenização, impedindo que esta supere os prejuízos, obstáculo que não seria superado mesmo no caso dos danos extrapatrimoniais, em que o valor da indenização, ainda que sem clara demarcação da extensão econômica, deve

¹⁹³ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages** no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 87.

¹⁹⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 284-92.

guardar razoável correspondência com o bem ou interesse jurídico atingido, de modo a evitar o enriquecimento injustificado.¹⁹⁵

Por sua vez, a previsão contida no parágrafo único do mencionado dispositivo, pela qual o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, já indica um rompimento com a tradição civilista pátria, dando relevância à culpa do agente como critério para aferir o montante indenizatório, em clara adoção da tendência de “repersonalização” do Direito Privado, em que se busca valorizar a pessoa humana, em detrimento do patrimônio, introduzindo princípios de equidade, ainda que, na hipótese, estejam estes sendo utilizados em favor do causador do dano, olvidando-se da vítima.¹⁹⁶

Compreendendo-se que a reparação parcial dos prejuízos causados possa constituir medida suficiente ao agente que tenha agido com grau de culpa desproporcional em relação à extensão do dano, com base na equidade e também no princípio da isonomia, é possível estender a aplicação da exceção para a hipótese contrária, concluindo-se que a indenização por soma superior aos prejuízos possa ser imposta ao causador do dano que tenha obrado com culpa grave, igualmente sem proporção à amplitude dos danos, os quais podem ser diminutos, em comparação com a sua culpabilidade, malícia ou dolo.

A partir de dita conclusão, a inovadora hipótese legal passa a ser uma via de “duas mãos”, em que o grau de culpa pode servir não apenas para mitigar a responsabilidade civil, mas também para agravá-la, valorizando-se o aspecto subjetivo da conduta humana (culpa) em detrimento do aspecto objetivo (dano).

Fato inegável é que não há regra escrita expressa a prever, expressamente, a indenização punitiva, de modo que a sua aplicação, em hipóteses excepcionais, haverá de encontrar fundamento em princípios constitucionais, especialmente naquele que garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, iluminado pelo princípio da dignidade humana, tendo nos direitos à personalidade e à indenização dos danos extrapatrimoniais o seu campo de aplicação mais firme.

Assim, na conclusão de Sergio Cavalieri Filho

¹⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-5.

¹⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 236-37.

[...] após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar a indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. [...] o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais. Afinal de contas, *jurisprudência* – a obra-prima do juiz – é a junção de duas palavras: juris + prudência – vale dizer, na base de todas as decisões judiciais há de estar a prudência.¹⁹⁷

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente trabalho foi o de analisar as novas funções que vem sendo perseguidas pela responsabilidade civil, precipuamente aquelas que dizem com a prevenção ou dissuasão dos danos e a punição do ofensor, inseridas no atual contexto histórico, observados os seus elementos caracterizadores, dos constantes (dano e nexos causal), aos variáveis (culpa e risco), em especial, nas relações de consumo, e bem assim os seus efeitos, em que, partindo-se do princípio da reparação integral, foi estudada a origem dos *punitive damages*, no sistema anglo-saxão até sua aplicação no Direito Pátrio, o que, apesar de diversas críticas e objeções, constitui uma realidade.

Iniciou-se pela análise do dano, que é apontado como centro da responsabilidade civil, estando os dois conceitos intimamente relacionados, pois a noção de dano traduz a concepção de responsabilidade civil em determinado país, cuja função primeira e mais tradicional é a sua reparação.

Importante, ainda, verificar as duas espécies de dano, sendo o patrimonial e o extrapatrimonial, o segundo de especial relevância ao nosso estudo, e que não se limita à idéia de dor, vexame ou sofrimento, alcançando, de outra sorte, uma gama de violação a direitos da personalidade, em suas dimensões individual e social, alargando a extensão da tutela jurídica conferida.

Como segundo pressuposto constante da responsabilidade civil, tem-se o nexos causal, a ligar o dano à conduta do agente, em que se mostra recomendável a conjugação das diversas teorias acerca da identificação das causas e condições, não havendo como fugir da solução casuística, observada a realidade dos fatos, com bom senso e ponderação.

Dentre os elementos variáveis da responsabilidade civil, apreciou-se a culpa, que, à época do Estado Liberal, surgiu como expressão do princípio da autonomia da vontade, a qual constituiu o ponto central do sistema tradicional, mas que sofreu uma transformação a partir do final do Século XIX, com a Revolução Industrial e todos os inúmeros problemas que dela decorreram, passando, gradativamente, a ser substituída pelo risco, mormente em face da nova disciplina das relações de consumo.

O rompimento com o dogma da culpa e a gradual substituição da responsabilidade subjetiva pela objetiva foi o meio de assegurar a efetiva proteção

ao consumidor contra os numerosos e crescentes danos gerados pela sociedade de consumo, considerando a quase impossibilidade de demonstrar a culpa do fornecedor, restando os danos sem ressarcimento até então.

Nesta nova teoria contratual, desponta a importância de valores como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas, colocados ao lado da autonomia da vontade, gerando uma série de outros deveres, como de informação, sigilo e proteção, presentes desde a fase pré-contratual, em uma inversão dos papéis até outrora desempenhados pelo fornecedor e consumidor.

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor é classificada em responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, compreendendo os primeiros os defeitos de segurança, que dão ensejo aos chamados acidentes de consumo, em que a falha é de maior gravidade, causando danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ao consumidor, enquanto os segundos englobam os denominados vícios de adequação, restritos aos produtos ou serviços em si.

A reparação do dano injustamente causado é a função primordial e mais tradicional da responsabilidade civil, devendo ser o mais ampla possível, à luz do princípio da reparação integral, o qual foi acolhido por nosso ordenamento jurídico, a teor do disposto no artigo 944 do Código Civil.

Porém, na atualidade, com todas as mudanças sociais ocorridas e as profundas alterações nas relações humanas, em que os conflitos passaram a alcançar grupos sociais e há grande desigualdade econômica, várias outras funções passaram a ser desempenhadas pela responsabilidade civil, dentre as quais, a função punitiva e dissuasória.

A partir da aceitação da compensação dos danos extrapatrimoniais e da difusão da tutela aos direitos da personalidade, houve como que uma redescoberta da idéia de pena privada, cuja origem remonta aos conhecidos *punitive damages*, derivados dos sistemas jurídicos da *common law*, que traduzem o escopo de punir aquele que pratica uma conduta ilícita e socialmente reprovável, ao mesmo tempo em que há o objetivo de dissuadir condutas futuras semelhantes.

No Estado norte-americano, porém, a aplicação dos *punitive damages* tem sido direcionada a casos particularmente graves, em que se verificam a negligência grosseira, a conduta maliciosa ou fraudulenta, ou em hipóteses que indicam que os fornecedores agiram com indiferença pela saúde, segurança e bem-estar dos

consumidores, pautando sua conduta meramente pela equação do custo e benefício.

Já, no Brasil, a tese da indenização punitiva não se encontra positivada, não havendo qualquer disposição a seu respeito no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, muito embora seja crescente o seu reconhecimento na jurisprudência, bem como cada vez mais numerosos os adeptos na doutrina.

É importante ter em mente, todavia, a diferença entre os *punitive damages* e a função punitivo-dissuasória da responsabilidade civil, sendo a segunda a que encontra mais freqüente invocação pela nossa jurisprudência.

Com efeito, a indenização punitiva, concebida a partir do instituto alienígena, não se confunde com a reparação dos danos patrimoniais ou a indenização pelos danos extrapatrimoniais, consistindo em parcela autônoma, aplicada como efetiva pena privada, visando à punição do agente (e também a dissuasão quanto à prática de condutas futuras), que tenha atuado com culpa grave, malícia, fraude ou dolo.

Por sua vez, a função punitivo-dissuasória da responsabilidade civil serve como critério axiológico, auxiliar no arbitramento da indenização dos danos extrapatrimoniais, em que, juntamente com outros parâmetros, tais quais a situação econômica do causador do dano e do ofendido, o grau de culpa de sua conduta, a extensão dos danos causados e a repercussão destes na vida da vítima, servirão de fundamento para se chegar ao montante indenizatório, atendidos, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em consonância ao prudente arbítrio do juiz.

Feita tal distinção, há que se chamar a atenção para um modelo misto que vem ganhando forma na jurisprudência pátria, verificando-se um constante uso nos Juizados Especiais Cíveis, ou seja, sob uma roupagem de dano extrapatrimonial, passou-se a conceder indenizações com o caráter precipuamente punitivo-dissuasório, como meio de penalizar o fornecedor que tenha agido com desídia ou desrespeito ao consumidor.

Assim, em situações em que o consumidor foi submetido a percalços desnecessários durante as tratativas extrajudiciais na solução de vícios de produto; quando haja sido cobrado, indevidamente, por serviços não contratados (como nos casos de telefonia), em que se verifica um prejuízo individual pequeno, de um lado, mas um lucro imenso à fornecedora, de outro, à vista dos milhões de consumidores lesados (as chamadas micro-lesões); em que, no mais das vezes, o caso seria

classificado como um simples inadimplemento contratual, as hipóteses passaram a ser consideradas de efetiva lesão à esfera extrapatrimonial, dando ensejo à indenização, que encontra sua justificativa na função punitivo-dissuasória da responsabilidade civil.

Amplia-se, portanto, a própria noção de dano extrapatrimonial, para dar resposta a situações que, até então, não vinham recebendo a tutela jurídica adequada.

Tal é, a nosso sentir, decorrência de uma alteração sofrida no paradigma da responsabilidade civil, em atenção à multiplicidade de funções que desta passaram a ser exigidas.

Muitas são, ainda, as objeções à aplicação da indenização punitiva, bem assim às funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, parecendo-nos que a mais consistente é a que diz com a falta de positivação no ordenamento jurídico pátrio, de modo que em sua feição correlata ao instituto norte-americano, como espécie de pena privada, e desvinculada do dano extrapatrimonial, seu uso deverá ser admitido em casos excepcionais, de especial gravidade, cuja aplicação seja o único meio de dar uma resposta à sociedade, especialmente quando estejam presentes danos a numeroso grupo de pessoas, como nas relações de consumo e defesa do meio-ambiente.

Já, em sua função punitivo-dissuasória, há um campo mais firme e vasto à sua aplicação, mormente porque na esfera dos danos extrapatrimoniais, não há clara demarcação da extensão econômica dos prejuízos sofridos, sendo possível, então, contornar os limites ditados pelo princípio da reparação integral (artigo 944 do Código Civil), ainda que necessária a apreciação das demais circunstâncias na justificativa do montante, evitando-se que a verba indenizatória sirva de enriquecimento ao ofendido, e fomento à crescente litigiosidade, em um exercício de balanceamento dos valores postos em liça, típicos do ato de julgar.

Há que se atentar para a exceção contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, que, embora tenha por escopo beneficiar, unicamente, o causador do dano, é prenúncio de uma inclinação para a acolhida das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, à medida em que há uma valorização do grau de culpa do agente, em detrimento da extensão do dano.

Portanto, compreendendo-se que a reparação parcial dos prejuízos causados possa constituir medida suficiente ao agente que tenha agido com grau de culpa

desproporcional em relação à extensão do dano, com base na equidade e também no princípio da isonomia, é possível estender a aplicação da exceção para a hipótese contrária, concluindo-se que a indenização por soma superior aos prejuízos possa ser imposta ao causador do dano que tenha obrado com culpa grave, igualmente sem proporção à amplitude dos danos, os quais podem ser diminutos, em comparação com a sua culpabilidade, malícia ou dolo.

A partir de dita conclusão, a inovadora hipótese legal passa a ser uma via de “duas mãos”, em que o grau de culpa pode servir não apenas para mitigar a responsabilidade civil, mas também para agravá-la, valorizando-se o aspecto subjetivo da conduta humana (culpa) em detrimento do aspecto objetivo (dano).

Observa-se, pois, uma inevitável mudança de paradigma da responsabilidade civil, com a tendência de ampliação do conceito de dano extrapatrimonial, em que as funções punitiva e dissuasória surgem como mecanismo para conferir maior proteção aos direitos da personalidade, especialmente aos consumidores, sinalizando uma crescente valorização do aspecto humano, em detrimento do patrimonial.

Portanto, as alterações verificadas são positivas, e, desde que sua aplicação seja realizada com equilíbrio e ponderação, são aptas a auxiliar na proteção efetiva aos direitos da personalidade, contribuindo para a formação de uma sociedade em que haja mais respeito ao consumidor, e que valores como a boa-fé, a honestidade, a transparência, e, em última análise, a almejada justiça possam prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 340 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994. 254 p.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998. 720 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010. 588 p.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 667, p. 7 -16, maio de 1991.

DE CUPIS, Adriano. **El Daño**. Tradutor: Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1975. 852 p.

DENARI, Zelmo. Artigo: Da Qualidade de Produtos e Serviços, Da Prevenção e da Reparação dos Danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 1.012 p.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil: volume II**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 894 p.

FACCHINI Neto, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320p.

GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1996. 223 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1.042 p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 478 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 544 p.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 885 p.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). Brasília: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 28, jan.-mar., 2005, p. 15-32.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990. 798 p.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 193 p.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 358 p.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>> Acesso em: 13 nov. 2011.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 884 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 350 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26.

PONZANELLI, Giulio. **La Responsabilità Civile**. Bologna: Il Mulino, 1992. 299 p.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. 352 p.

_____. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 405 p.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. 250 p.

_____. **Tratado da Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. 642 p.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Artigo: Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In.: MELO, Cláudio Ari; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 175 p.