

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio Franca e Ferreira

***PUNITIVE DAMAGES***

**Estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico  
brasileiro**

Belo Horizonte

2012



Fábio Franca e Ferreira

***PUNITIVE DAMAGES***

**Estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico  
brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza

Belo Horizonte

2012

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383p	<p>Ferreira, Fábio Franca e <i>Punitive damages</i>: estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro / Fábio Franca e Ferreira. Belo Horizonte, 2012. 150f.</p> <p>Orientador: César Augusto de Castro Fiúza Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Responsabilidade (Direito). 2. Danos (Direito). 3. Punição. 4. Crises. I. Fiúza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 347.51</p>
-------	---

Fábio Franca e Ferreira

***PUNITIVE DAMAGES***

**Estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico  
brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza (Orientador) – PUC / Minas

---

Professora. Dra. Taísa Maria Macena de Lima — PUC / MINAS

---

Prof. Dr. Flávio Henrique Silva Ferreira — UFJF

---

Prof. Dr. Gualter de Souza Andrade Júnior — suplente

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012



Ao Bernardo,  
anjo na forma de gente, que nasceu no início da pesquisa  
e se desenvolveu com ela,  
iluminando meus caminhos e me fortalecendo.



## **AGRADECIMENTOS**

À Renata, minha inseparável e inigualável esposa, responsável pelo recomeço da vida acadêmica e pilar de toda minha sustentação para tanto, que, com suas palavras, atitudes e racionalidade, me convenceu de que o sonho não podia acabar e que a vida é um desafio e um eterno aprendizado.

Ao meu padrinho, Tio Celso, sempre disposto a me ajudar nos momentos decisivos e necessários, dono de uma sabedoria e ensinamentos brilhantes.

Aos meus pais, que sempre comungaram comigo não só minhas conquistas, mas também as decepções. A cada conquista, um sorriso e a cada decepção, palavras de solidariedade. Enxergo em seus olhos nossa cumplicidade.

Ao Dr. Wauner Batista Ferreira Machado, magistrado titular da 6ª Vara Cível de Belo Horizonte e exemplo de operador do Direito, que me ensinou que, com base na técnica, a justiça pode ser realizada, além de compreender meu ingresso no curso de mestrado.

Ao Professor César Fiúza, que desde o início acreditou em um projeto dentre vários a ele apresentados e confiou a mim a orgulhosa e árdua tarefa de bem representá-lo.



*O covarde nunca (re)começa. O fracassado nunca termina. O vencedor nunca desiste.*



## RESUMO

A responsabilidade civil foi o ramo do Direito que mais sofreu mudanças nas últimas décadas, não somente legislativas, mas também e principalmente quanto aos hábitos individuais e sociais, no que tange às relações interpessoais, trazendo insegurança jurídica e aumento das violações aos direitos fundamentais. Atualmente, assiste-se a um desequilíbrio nas relações modernas, com o conseqüente crescimento das demandas judiciais, seja no aspecto individual ou no coletivo, notadamente diante dos avanços tecnológicos. Daí porque se constatou que a responsabilidade civil encontra-se em crise e que a sociedade clama por mudanças, tanto comportamentais quanto legislativas, principalmente diante do fato de que vivemos mais o cunho social do que o individual, assim como ocorreu no direito de propriedade. Entretanto, as mudanças até então ocorridas, como a afirmação da responsabilidade objetiva e dos direitos coletivos, por meio do Código de Defesa do Consumidor, da Lei 7.357/85 e do Código Civil, não foram suficientes para solucionar tal crise. Partindo dessas premissas, este trabalho objetiva comparar a legislação pátria com outras, tanto da família romano germânica quanto da *Common Law*, propondo aprimoramentos, observadas as críticas a essas legislações. Constatou-se, ainda, que as precípuas funções reparatória e compensatória não são suficientes e que a prevenção e a punição dos atos ilícitos podem ser uma alternativa a essa crise, assim como ocorre nos Estados Unidos da América, com base no instituto dos *punitive damages*, por aqui denominado “teoria do desestímulo”. Essa teoria propõe a prevenção de novos ilícitos e a punição para o ofensor, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro, tendo em vista o grau da culpa e sua capacidade econômica, enfocando mais o ofensor do que a vítima. Foi então analisada a inserção dos *punitive damages*, concluindo que, apesar da necessidade, o art. 944 do Código Civil veda que sejam aplicados, pois não permite a majoração da indenização, o que seria imprescindível. Por isso é que o trabalho propõe, ao final, mudanças legislativas, devendo a indenização ser arbitrada de forma adequada, para melhor aceitação da sociedade no tocante ao enriquecimento da vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Crise. Mudanças. Punição e prevenção.

*Punitive damages*. Art. 944 do Código Civil.



## **ABSTRACT**

Liability is the branch of law that has changed over the last decades, not only laws, but mainly in individual and social habits when it comes to relationships, bringing uncertainty and increase in violations of fundamental rights. Nowadays, we have been experiencing an imbalance in modern relationships, with the consequent growth of litigation, whether in individual or collective levels, especially regarding the technological advances. Due to that, it was observed that liability is in crisis and that society urges for changes, whether behavioral or legislative laws, particularly with the fact that we live more of a social life than as individuals, as occurred to the right property. However, the changes that have happened so far, such as the claim of strict liability and collective rights, established by the Code of Consumer Protection, Law 7.357/85 and the Civil Code, were not enough to solve this crisis. Based on these assumptions, this present study aims to compare local laws with other legislations, as well as roman germanic and comom law, proposing improvements, subject to the criticism of these laws. It was also found that the main duty and compensatory remedial functions are not sufficient and that the prevention and punishment of illegal acts may be an alternative to this crisis, as it occurs in the United States of America, through the institute of punitive damages, named here "theory of discouragement". This theory proposes the prevention of new offenses and the punishment for the offender, by paying a sum of money, considering the degree of guilt and economical capacity, focusing on the offender more than the victim. It was analyzed the inclusion of punitive damages, concluding that, despite the necessity, the art. 944 of the Civil Code states not applicable, because it does not allow the increase of compensation, which would be essential. That is why this study indicates, at the end, legislative changes, and the compensation must be arbitrated on an adequate way, for better acceptance in society regarding the enrichment of the victim.

Keywords: Liability. Crisis. Changes. Punishment and prevention. Punitive damages.  
Article 944 of the Civil Code.



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	19
2 REFERENCIAL TEÓRICO.....	25
2.1 A responsabilidade civil .....	25
2.1.1 Apontamentos iniciais .....	25
2.1.2 <i>O surgimento da responsabilidade extracontratual em Roma – a Lex Aquilia</i> .....	26
2.1.3 <i>A responsabilidade civil no diploma francês</i> .....	27
2.1.4 <i>A responsabilidade objetiva na Revolução Industrial</i> .....	28
2.2 A responsabilidade civil no ordenamento brasileiro .....	31
2.2.1 <i>Responsabilidade extracontratual subjetiva</i> .....	34
2.2.2 <i>A Conduta culposa</i> .....	34
2.2.3 <i>Ônus da prova</i> .....	36
2.2.4 <i>Abuso de direito</i> .....	37
2.2.5 <i>O dano</i> .....	39
2.2.6 <i>O nexo de causalidade</i> .....	42
<u>2.2.6.1 <i>Causas de exclusão do nexo causal</i> .....</u>	<u>43</u>
2.2.7 <i>Responsabilidade extracontratual objetiva</i> .....	44
2.2.8 <i>Casos de responsabilidade objetiva no Código Civil</i> .....	49
2.2.9 <i>Responsabilidade civil do Estado</i> .....	50
2.2.10 <i>Responsabilidade contratual</i> .....	52
2.2.11 <i>Breves considerações acerca do dano moral</i> .....	53
2.2.12 <i>Os danos morais no Direito brasileiro</i> .....	54
2.2.13 <i>Critérios para a fixação do quantum</i> .....	59
2.2.14 <i>O mero aborrecimento</i> .....	63
2.2.15 <i>A prova do dano moral</i> .....	63
2.2.16 <i>Espécies de dano moral</i> .....	64
<u>2.2.16.1 <i>Dano moral coletivo</i> .....</u>	<u>64</u>
<u>2.2.16.2 <i>Dano moral à pessoa jurídica</i>.....</u>	<u>65</u>
<u>2.2.16.3 <i>Dano estético</i>.....</u>	<u>66</u>
<u>2.2.16.4 <i>Dano moral indireto</i>.....</u>	<u>66</u>
2.2.17 <i>Transmissibilidade dos danos</i> .....	67
2.3 A crise da responsabilidade civil no Brasil.....	68
2.3.1 <i>O dano eficiente</i> .....	72
2.4 Novas tendências da responsabilidade civil .....	73
2.4.1 <i>Função social da indenização</i> .....	84
3 OS PUNITIVES DAMAGES .....	87
3.1 A família da <i>Common Law</i> .....	87
3.2 A origem dos <i>punitive damages</i> .....	90
3.3 Os <i>punitive damages</i> no Direito norte-americano.....	92
3.4 Casos de aplicação do instituto: .....	95
3.4.1 <i>Negligência grosseira</i> .....	95
3.4.2 <i>Responsabilidade objetiva</i> .....	96
<u>3.4.2.1 <i>Responsabilidade civil do produtor</i>.....</u>	<u>96</u>



3.4.3 Responsabilidade por fraude: condutas comerciais fraudulentas.....	100
3.4.4 Responsabilidade civil do comitente.....	100
3.4.5 Responsabilidade contratual .....	101
3.4.6 Responsabilidade por curto circuito do contrato.....	101
3.4.7 Responsabilidade por difamação .....	102
3.5 Principais críticas ao instituto norte-americano .....	103
3.6 Os <i>punitive damages</i> no sistema italiano .....	105
3.7 Os <i>punitive damages</i> no ordenamento jurídico de Portugal.....	109
3.8 A teoria do desestímulo.....	111
3.8.1 Argumentos contrários à aplicação dos <i>punitive damages</i> .....	119
3.8.2 Argumentos dos argumentos favoráveis ao instituto.....	123
3.8.3 Análise dos argumentos desfavoráveis ao instituto.....	126
3.8.4 Análise dos argumentos comuns .....	130
3.9 O art. 944 do Código Civil e a extensão do dano .....	130
3.9.1 Responsabilidade contratual .....	133
3.9.2 Responsabilidade extracontratual.....	133
3.9.3 Responsabilidade objetiva .....	134
3.9.4 Responsabilidade subjetiva extrapatrimonial .....	135
3.10 Os <i>punitive damages</i> e os danos morais .....	136
3.11 Majoração da indenização .....	137
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	140
REFERÊNCIAS.....	144



## 1 INTRODUÇÃO

Não mais se discute a aplicação da indenização por danos extrapatrimoniais após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Civil de 2002, pois, além de prevê-la expressamente, protegendo o ser humano em face do antigo paradigma patrimonialista vigente, elevaram os direitos coletivos e difusos, amplamente difundidos.

Todavia, diante da difusão desses direitos, aliando-se a isso o desenvolvimento da sociedade contemporânea, contemplado pela difusão da atividade de produção de bens e serviços em massa, além da evolução natural do homem e das novas relações hoje estabelecidas, tendo em vista as novas necessidades da população, há de se analisar se a função social dessa indenização por responsabilidade civil decorrente da prática de atos ilícitos cumpre os objetivos a que deveria se destinar.

Essa análise se tornou necessária diante de vários fatores históricos, como o fato de que as grandes empresas cujos produtos são danosos em escala massiva, bem como aquelas que prestam serviços em massa, amparam a continuidade de sua produção de bens e serviços numa espécie de “raciocínio por custo / benefício” entre o lucro auferido e a indenização a ser paga aos lesados, mediante a prática do hoje denominado “dano eficiente”. Para tanto, essas empresas calculam o valor das prováveis indenizações a serem pagas em contrapartida com as vantagens e os lucros a serem obtidos para decidirem se as práticas danosas, a partir das consequentes reparações ou compensações, devem ou não ser praticadas.

Reforça a necessidade dessa análise a constatação de que as indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais hoje aplicadas no Brasil não impedem que novas condutas (ou as mesmas) sejam praticadas, tendo em vista que não são suficientes para prevenir novos ilícitos e a punir os agentes causadores do dano, seja porque as indenizações deferidas não resgatam a dignidade humana perdida em face da agressão a direitos, seja porque elas não obstam que as mesmas empresas continuem a praticar os mesmos ilícitos perpetrados.

Daí porque a função social da responsabilidade civil, hoje reclamada pela sociedade, consiste na aplicação de uma punição ao agente causador do dano que sirva também para prevenir que novos ilícitos sejam cometidos, assim como ocorre

nos Estados Unidos da América, a partir da aplicação do instituto denominado *punitive damages*.

Tradicionalmente, a indenização no sistema romano-germânico decorrente de responsabilidade civil extracontratual possui caráter meramente reparatório. Caso essa não seja possível, busca-se ressarcir o prejuízo da vítima ou compensar seu dano mediante o pagamento de sucedâneo pecuniário.

Isso porque, desde a criação do Direito Penal, ocorreu o deslocamento da punição e prevenção de atos ilícitos, reservando-se para o Direito Civil apenas a tarefa de tentar retornar as partes envolvidas ao *status quo ante*.

Entretanto, salta aos olhos a crise pela qual o instituto da responsabilidade civil vem sofrendo, tanto pelas constatações acima demonstradas quanto pelo reconhecimento por parte dos doutrinadores tradicionais, assim como pelos atuais, como Giselda Hironaka: “O sistema expõe sua crise, incorpora transformações, busca adequar-se às novas realidades, às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de três ou quatro décadas antes” (HIRONAKA, 2005, p. 2).

De fato, a responsabilidade civil é o ramo do Direito que mais sofreu mudanças nas últimas décadas, mais do que o Direito de Família, mutável por excelência, que em um espaço de tempo tão curto não apresentou alterações significativas como a responsabilidade civil.

Logo, será necessário proceder a análise comportamental. Ou seja, mister se faz refletir acerca dos procedimentos adotados pelas empresas que dominam vários setores e segmentos da atividade industrial no Brasil, notadamente as atividades que repercutem na vida cotidiana de todos nós, tendo em vista as novas necessidades do homem moderno, no intuito de demonstrar que o momento por que passa o País reflete um cunho mais social do que individual, sendo necessária uma mudança inclusive cultural, a qual pode se dar pela aplicação dos *punitive damages*.

Essa análise comportamental engloba não só os atos praticados pelos cidadãos, inclusive na qualidade de representantes de pessoas jurídicas, mas também a mudança comportamental dos operadores do direito, envolvendo desde os estudantes universitários e os doutrinadores até os aplicadores do direito – magistrados e os fiscais da Lei – o Ministério Público e os capacitados postulantes – os advogados.

No Brasil, o instituto ora em foco é denominado “Teoria do Desestímulo”, partindo-se da premissa de que a indenização por danos morais no Brasil possui natureza meramente compensatória, diferentemente do que propõe o instituto norte americano.

Diz-se função dissuasória ou preventiva aquela capaz de evitar que não só o indivíduo que praticou o ato ilícito como qualquer outro cidadão da sociedade pratique conduta igual ou similar àquela reprimida, em uma ação futura. Lado outro, a função punitiva diz-se aquela referente a uma conduta passada no sentido de punir alguém pela prática de um ato tido como ofensa ao direito de outrem.

O cerne deste estudo é a análise acerca da viabilidade e, conseqüentemente, da aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, instituto este originalmente proveniente do Direito Anglo-Saxão e difundido inicialmente pelo Reino Unido e logo após pelos Estados Unidos da América. Parte-se do fato de que a responsabilidade civil extracontratual não tem atingido a finalidade de evitar que condutas reprováveis e ilícitas sejam reiteradamente praticadas em face dos direitos da personalidade e dos fundamentais, ambos estabelecidos pela Constituição Federal.

Esse ponto — ou seja, o aspecto constitucional — deve ser analisado à luz dos novos princípios, hoje norteadores de todas as relações extrapessoais e coletivas, fazendo uma correlação com os direitos individuais e coletivos previstos constitucionalmente, como a prevenção de novos ilícitos, e a afirmação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade humana, prevista no inciso III do art. 1º, hoje vista como o princípio da dignidade humana, com a conseqüente viabilidade de alguns dos objetivos fundamentais, previstos no art. 2º, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da produção do bem de todos, para a busca da pacificação social.

Neste diapasão é que se faz necessária a análise constitucional do tema, fenômeno hoje conhecido como “constitucionalização do direito civil”, para a concretização dos direitos fundamentais e, até mesmo, dos direitos humanos, bem como para a observância e o respeito aos direitos da personalidade, amplamente difundidos na atual sociedade, tendo em vista a visão egocentrista já assentada, segundo a qual os ofensores não se atentam para as conseqüências que seus produtos e serviços podem causar à coletividade.

Neste aspecto reside a reflexão que ora se propõe, ou seja: a aplicação das chamadas “funções preventiva, ou dissuasória, e punitiva”, para fins de cumprimento da função social da indenização por responsabilidade civil, hoje reclamada, como dito anteriormente. Assim, partindo-se do conflito de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, é que este trabalho procura se desenvolver.

Para tanto, ou seja, para se concluir acerca da possibilidade de aplicação do instituto no Brasil, faz-se necessária uma abordagem técnica, qual seja, uma análise sobre a atual legislação, notadamente acerca do disposto no art. 944 do Código Civil e no respectivo parágrafo único, que reza sobre a forma de mensuração da indenização, no sentido de se perquirir se tal dispositivo permite a inserção da “Teoria do Desestímulo” (BRASIL, 2011).

Inicialmente, partir-se-á dos primórdios da responsabilidade civil quando do nascimento das primeiras legislações que introduziram a matéria, passando pelo Direito germânico e pelo Direito grego, para que se possa introduzir a matéria da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, discorrendo sobre as espécies da responsabilidade, tanto a subjetiva contratual e a extracontratual quanto a objetiva.

Para tanto, também será necessária uma abordagem mais apurada acerca dos danos morais aplicados no Brasil, bem como no que tange às peculiaridades do instituto desde o seu surgimento doutrinário e legislativo, passando por todas as ordenações pátrias, até chegar ao atual momento, analisando-se suas funções e objetivos, pontuando as situações que justificariam essa espécie de responsabilidade.

A partir dessas análises históricas detalhadas, procura-se formar uma posição no sentido de concluir se o Direito Civil admite essa “penalidade pecuniária” ou não. Ou seja, se a punição é uma característica eminentemente e tipicamente correlata apenas ao Direito Penal ou pode também ser aplicada com base no Direito Civil. Neste sentido, serão abordadas algumas situações previstas no ordenamento civil, como ocorre nas multas previstas na Lei de Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor, no Código de Processo Civil e nas legislações ambientais, dentre outras (BRASIL, 1985); (BRASIL, 2011); (BRASIL, 2011).

Após, analisar-se-á profundamente o histórico dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América, os casos em que são aplicados, bem como a maneira e

o procedimento desta aplicação, para que então se possa analisar a utilização ou não deste instituto alienígena no ordenamento pátrio.

Em seguida, o estudo se dedicará à análise da crise que o instituto da responsabilidade civil vem sofrendo em contrapartida aos novos rumos e tendências apontadas pela doutrina, pela jurisprudência, pela legislação e pela sociedade.

Feitas essas considerações, o trabalho abordará a aplicação dos *punitive damages* no Brasil, analisando ainda vários aspectos deste instituto, por exemplo: em caso de indenização deferida, a quem ela caberia. Ou seja, se ao próprio ofendido, ao Estado ou a um Fundo Nacional criado para tanto, analisando ainda se trataria de um acréscimo à indenização por danos morais ou se a aplicação seria em conjunto com este, bem como acerca das repercussões econômicas de uma sentença condenatória de pagamento de *punitive damages*.

Ponto crucial trata-se da análise do art. 944 e de seu parágrafo único do Código Civil, para se concluir pela possibilidade ou não de aplicação do instituto (BRASIL, 2011).

Analisar-se-á, ainda, a questão da legitimidade para a propositura de ações envolvendo requerimento de aplicação de *punitive damages*, além da tradução do idioma, para então definir qual seria a melhor nomenclatura para o instituto.

Todo esse caminho se justifica porque no Brasil existem poucos estudos direcionados única e exclusivamente ao tema dos *punitive damages*. Sendo o tema incipiente, a maioria se limita a tecer considerações superficiais, sem maiores aprofundamentos, apesar de deveras interessante e merecedor de atenção especial, o que pode levar a conclusões errôneas e precipitadas em caso de uma importação pura sem modificações ou ajustes para o ordenamento pátrio.

De fato, este trabalho não tem por objetivo abordar uma simples aplicação de um instituto alienígena nos seus próprios termos, e, sim, propor alternativas para servirem de ferramenta para aplicação diante das situações de cometimento de atos ilícitos hoje criados no Brasil, com a observância dos princípios civilistas e constitucionais, no intuito de criar opções aos operadores para a socialização do Direito, e conseqüentemente, a pacificação social.

Em sede de Direito comparado, será analisada a aplicabilidade do instituto em Portugal e na Itália, no intuito de confrontar as legislações.

Assim, não se busca pôr um ponto-final na questão envolvendo a aplicação do instituto ou da quantificação do dano moral. Essa meta seria audaciosa demais

para esta dissertação. O que se propõe é a possibilidade de trazer subsídios para essa discussão que tanto instiga os juristas e, quem sabe, inspirar os julgadores em suas decisões. Propõe-se, ainda, além da mudança de paradigma, uma conscientização cultural coletiva para o aprimoramento das relações interpessoais.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

Neste capítulo faz-se menção aos autores que abordam o tema dos *punitive damages*.

### 2.1 A responsabilidade civil

Esta seção é dedicada ao histórico mundial da responsabilidade civil.

#### 2.1.1 Apontamentos iniciais

O homem possui a tendência natural de viver em sociedade. Dessa forma, ele se desenvolve, ultrapassa sua individualidade e busca a integração com os outros. Os seres humanos não vivem juntos apenas por escolha, mas porque a vida em sociedade é uma necessidade. Segundo Aristóteles (1997), o homem é um animal político e nasce com tendência a viver em sociedade. Tanto que se alguém, por livre e espontânea vontade, se isolasse numa ilha, mesmo com todos os recursos, em pouco tempo sentiria falta de companhia e sofreria com a solidão. Portanto, as pessoas satisfazem as próprias necessidades vivendo em sociedade.

Para se desenvolverem de forma harmoniosa, as pessoas precisam se adaptar aos costumes desta sociedade e obedecer a suas regras, o que não é muito fácil, diante do livre-arbítrio que possuem e da possibilidade de praticar atos diversos um dos outros.

A vida em sociedade, apesar de trazer evidentes benefícios ao homem, em contraposição, traz também limitações à sua liberdade. De fato, a partir dessa liberdade, sendo o homem dominado pelo egoísmo e pela ambição na busca de saciar suas necessidades, em contraposição ao livre-arbítrio surgem os conflitos de interesses, caracterizados pela disputa dos bens e serviços ou pelo exercício de direitos sobre esses bens, que exige determinadas formalidades.

Surge então o Estado, pois o Direito torna-se compelido a dispor de mecanismos que assegurem ao sujeito passivo da relação a interrupção da ameaça, a partir dos conflitos de interesses. Desses conflitos, que alguns prefeririam adequado denominar "convergência de interesses", não chegando seus titulares a uma solução espontânea e satisfatória, surge o que a doutrina tradicional chama de "lide", que nada mais é que a tentativa resistida da realização de um interesse.

Como a ninguém é dado o direito de intervir no patrimônio material ou imaterial de outrem, tem-se que o ofensor responderá pelo acontecimento que venha a impor prejuízos ao ofendido, sujeito passivo da relação, fazendo surgir então a responsabilidade civil.

O jurista Sérgio Cavalieri Filho define a responsabilidade civil “o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Define Maria Helena Diniz,

A responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito (DINIZ, 2005, p. 8).

### **2.1.2 O surgimento da responsabilidade extracontratual em Roma – a Lex Aquilia**

A maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil se deu com a promulgação da *Lex Aquilia*, a qual designa a responsabilidade extracontratual, em oposição à contratual, também denominada “responsabilidade delitual”, ou “responsabilidade aquiliana”, que tanto influenciou a legislação brasileira.

De acordo com o professor César Fiúza (2010), durante o período da República, em Roma, um tribuno da plebe, de nome Aquilius, formulou uma proposta aos Conselhos no final do século III a. C, para regulamentar a responsabilidade decorrente de atos ilícitos. Foi então, aprovada a *Lex Aquilia*, no intuito de proteger os plebeus em face dos prejuízos causados pelos patrícios.

Surgiu, assim, uma lei reguladora da reparação do dano civil, agora já desvinculada da reparação penal, também chamada “*Lex Aquilia de damno*”, estabelecendo uma forma de indenização pecuniária do prejuízo com o seu valor, proporcional ao dano causado. Ou seja, agora o patrimônio do ofensor transformou-se na fonte da restituição da agressão sofrida.

Ressalte-se que, apesar da nova lei, o Direito romano permaneceu fiel a suas origens, somente intervindo o legislador para resolver os casos de espécie, admitindo-se a responsabilidade civil somente quando existissem esses casos (PEREIRA, 1992, p. 4). Segundo José Aguiar Dias, a evolução foi tamanha que em

seu último estágio contemplou não só os danos materiais como os danos morais (DIAS, 1997, p. 30).

Questão deveras interessante é a divergência de opiniões doutrinárias no que tange ao surgimento da “culpa” na lei Aquiliana. Para alguns doutrinadores, como Caio Mário (1992), para que se configure o *damnum iniuria datum* necessária se faz a presença de três elementos, a saber: o *damnum*, ou lesão da coisa; o *iniuria*, ou ato contrário a direito; e a culpa. Entretanto, em que pese as controvérsias, certo é que o elemento culpa aparece no Código Civil francês, que será abordado a seguir.

Interessante é a ponderação de Giselda Hironaka acerca da culpa:

[...] a culpa existe na concepção romana, mas ela é um fator acidental. A culpa não é na Lex Aquilia um elemento fundamental disso que hoje chamaríamos de responsabilidade. O fator fundamental é a causalidade do agente em relação ao dano, ou seja, o que obriga alguém a reparar e ter sido causa de um dano e não ter desejado causar esse dano que efetivamente causou (HIRONAKA, 2005, p. 56-57).

### **2.1.3 A responsabilidade civil no diploma francês**

Tendo em vista que nosso sistema de responsabilidade tem suas principais raízes fincadas no Código de Napoleão, passa-se à sua abordagem, de forma sumária.

Segundo Giselda Hironaka (2005, p. 61), na França surgiram as ideias do filósofo Jean Domat<sup>1</sup>, para quem a culpa não era somente um critério ou uma causa, mas se mostrava também como uma eminente condição de sua existência. A partir desse racionalismo sistêmico, nasceu o princípio hoje consagrado de que não há responsabilidade sem culpa.

Foi assim, sob a influência desse filósofo, que foi promulgado o Código Civil francês, um marco acerca da responsabilidade civil fundada na culpa. O *Code* abandonou o critério de enumerar os casos de composição obrigatória e estabeleceu, em seu art. 1.382, que todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem obriga o culpado a repará-lo. Daí porque surgiu a máxima romana de que “a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar”.

Promulgado em 21 de março de 1804, também conhecido como “Código de Napoleão”, pode ser considerado como um paradigma, tendo orientado e

---

<sup>1</sup> Jurista de expressão claramente racionalista, primeiro a apresentar uma teoria geral da responsabilidade civil e principal inspirador dos autores do Código Civil francês.

influenciado a legislação codificada de inúmeros países, tanto na Europa como nas Américas, na África e na Ásia. De fato, foi fonte de inspiração ou modelo para as demais codificações da família romano-germânica. Foi o primeiro código moderno da Europa e marco decisivo na evolução do direito privado, nascendo juntamente com ele a febre da codificação, servindo de código-modelo. Foi portador das ideias do “Século das Luzes” e da Revolução Francesa, hauridas no trinômio “liberdade, igualdade e fraternidade”. Até hoje, revela surpreendente modernidade e adaptabilidade, transformando a sociedade francesa de uma organização patriarcal em afirmação da igualdade entre homens e mulheres.

Foi assim que surgiu a ideia da responsabilidade civil subjetiva — ou seja, baseada na culpa — presente hoje em praticamente todos os países pertencentes à família romano-germânica.

#### **2.1.4 A responsabilidade objetiva na Revolução Industrial**

O sistema da culpa proveniente da França preponderava no mundo jurídico, com base na aplicação do modelo subjetivo, de maneira suficiente e satisfatória, até que ocorreu a ruptura deste equilíbrio, o que se deu mediante a inserção de novas relações sociais e jurídicas, antes não vislumbradas pelos operadores do direito, iniciando um período no qual era tarefa árdua identificar a culpa.

Pode-se dizer que essa ruptura do equilíbrio e a consequente dificuldade de identificação da culpa se operaram principalmente a partir da Revolução Industrial, ocorrida na Europa, em meados do século XVIII, que trouxe o desenvolvimento industrial, substituindo o ferro pelo aço, as ferramentas pelas máquinas, a energia humana pela energia motriz e o modo de produção doméstico pelo sistema fabril, além do processo de urbanização, uma vez que a população, que antes se concentrava no campo, passou a desenvolver suas relações nos grandes centros.

Dessa forma, surgiram duas novas classes sociais: a classe dos patrões (empregadores) e a classe dos trabalhadores, que se enfrentavam direta e individualmente, não existindo qualquer organização por parte dos trabalhadores para proteger seus interesses.

Foi assim que surgiram as grandes escalas de produção e a mecanização dos sistemas produtivos, aumentando a produtividade, a circulação de riquezas e, conseqüentemente, o aparecimento e crescimento vertiginosos dos acidentes nas

fábricas, o que culminou com a dita ruptura do equilíbrio e a dificuldade de se avaliar a culpa, entrando no campo do Direito.

Em decorrência desse excessivo crescimento industrial, o trabalhador se viu submetido aos riscos do labor, sem que pudesse obter a reparação merecida por não serem adequados os meios legais para se proteger. A multiplicidade desses riscos a que ficou exposto o homem em virtude dessas transformações determinou a necessidade da proteção jurídica contra a insegurança vigente.

Foram necessárias gerações para que estes homens trabalhadores começassem a se organizar. Em meados do século XIX, quase meio século após o início da Revolução Industrial, ainda na Inglaterra, a preocupação com a prevenção de acidentes do trabalho e de outros fatores de risco, que eram frequentes no ambiente das primeiras fábricas, gerou a união de trabalhadores e homens públicos para a concretização das bases da política prevencionista.

Nesse contexto histórico, a responsabilidade civil objetiva tomou forma, substituindo o então modelo subjetivista, no qual o trabalhador era obrigado, em caso de acidente, a provar que havia sofrido um dano, bem como o nexo de causalidade. Ou seja, suportava todo o ônus da prova.

Com o aparecimento da responsabilidade objetiva, passou-se a admitir a existência da presunção da culpa, substituindo-a pelo risco na determinação da responsabilidade, invertendo o ônus e colocando a vítima/trabalhador numa situação mais favorável. O exemplo mais comum de acidente de trabalho nessa época trata-se do transporte dos trabalhadores, nos quais o trabalhador dificilmente obtinha êxito em provar a culpa do empregador.

Alvino Lima muito bem ilustra essa situação:

Os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tantas vezes, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloqüente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida (LIMA, 1999, p. 74).

Nesse diapasão é que se considera a Revolução Industrial um marco temporal, pois propiciou o desenvolvimento da responsabilidade civil. Verificaram-se, a partir de então, fenômenos da expansão dos danos suscetíveis de reparação, da objetivação da responsabilidade e da coletivização da responsabilidade.

Esses fenômenos foram delineados por Fernando de Noronha (1999, p. 25-33): a) fenômeno da expansão dos danos suscetíveis de reparação — traduz-se principalmente pela extensão da obrigação de indenizar os danos extrapatrimoniais, na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível; e b) fenômeno da objetivação — talvez a principal consequência da Revolução Industrial no âmbito da responsabilidade civil, que consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade individual perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas, o que, em verdade, se traduz também pela coletivização de tais danos.

Atualmente, essa coletivização expande-se cada vez mais, podendo ser notada não somente na obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, bem como por atos de membro não identificado e com a obrigação de reparar os danos transindividuais; mas também no processo civil, com as ações coletivas, visando à tutela de interesses transindividuais e, ainda, dos chamados “interesses individuais homogêneos”, bem como nas relações contratuais, com os contratos padronizados e de adesão, impostos pelos empresários aos consumidores e, até, pelas grandes empresas às menores, modificando a principiologia contratual, assim como no âmbito das relações de consumo, com base nas convenções coletivas, vistas no Código de Defesa do Consumidor.

De fato, as relações de consumo mudaram completamente após a Revolução Industrial, pois antigamente a produção era menor e as pessoas negociavam com certa igualdade. Hodiernamente, com a produção em massa, a desigualdade é latente e expressada em cláusulas abusivas, que deixam o consumidor mais vulnerável. Isso culminou com a necessidade de vários países promulgarem um Código protegendo o consumidor para diminuir um pouco essa desigualdade.

Historicamente, a Revolução Industrial pode ser dividida em três etapas em escala mundial, em que pese a ocorrência de divergências: a) de 1760 a 1850, que se restringiu à Inglaterra, a denominada “oficina do mundo”, com a produção de bens de consumo, notadamente têxteis e a energia a vapor; b) de 1850 a 1900, que se espalhou por toda a Europa, América e Ásia, como na França, nos Estados Unidos da América, Bélgica, Alemanha, Itália, Japão e Rússia, com o crescimento

das indústrias de bens e das ferrovias e, principalmente, com o surgimento de novas formas de energia, como a hidrelétrica e a derivada do petróleo, revolucionando os meios de transporte, com a invenção da locomotiva e do barco a vapor; e c) de 1900 até os dias atuais, por meio dos conglomerados industriais e multinacionais, da automatização da produção, da explosão da sociedade de consumo de massas, da expansão dos meios de comunicação, da era digital, da indústria química e eletrônica, da engenharia genética, da robótica e do advento da globalização, dentre outras.

## **2.2 A responsabilidade civil no ordenamento brasileiro**

A partir desta seção, inicia-se a abordagem da responsabilidade civil no Direito brasileiro. Serão tecidas considerações acerca das disposições do Código Civil de 2002 em contrapartida ao Código revogado, englobando todo o arcabouço da matéria no Brasil, analisando os elementos da responsabilidade, os requisitos para a configuração do dever de indenizar, as novidades trazidas pelo Código, os tipos de responsabilidade hoje existentes, as excludentes da responsabilidade e as diferentes posições doutrinárias e suas controvérsias.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, podem-se notar alguns avanços legislativos no que tange à responsabilidade civil (BRASIL, 2011).

Inicialmente, para melhor compreensão dos ideais propostos pelas mudanças legislativas ocorridas, citam-se as sábias palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

A sociedade é uma das principais características do Código Civil de 2002. Assim como o Código Civil de Napoleão foi fruto do Liberalismo do século XVIII, cuja trilha foi seguida pelo nosso Código de 1916, a visão social do Direito – o Direito como instrumento para a construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária – foi a grande motivação do atual Código Civil. Pode-se afirmar que a passagem do individualismo para o social é a característica essencial da evolução jurídica do nosso tempo. A função social do Direito é consagrada no Código como cláusula geral de todos os contratos (artigo 421) e também limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 168-169).

Cita-se ainda de outra constatação, de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra intitulada “Danos à Pessoa Humana”:

Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter

reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços. (MORAES, 2009, p. 12).

Neste diapasão, ou seja, a partir das constatações mencionadas — a primeira do eminente magistrado, de que o Código se preocupou mais com o caráter social das relações hoje estabelecidas, e a segunda da ilustre professora da Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, de que o atual foco da responsabilidade é a vítima —, é que se procura desenvolver este estudo.

A responsabilidade civil pode ser definida a partir da máxima romana do dever geral de não prejudicar ninguém — ou seja, *neminem laedere*. Esse dever, que na acepção jurídica significa a observância de condutas impostas pelo Direito Positivo por exigência da convivência social, uma vez violado, produz consequência, qual seja, a de reparar por completo o dano causado. Daí surge outra expressão de origem romana, a *restitutio in integrum*, com o intuito de retornar a vítima ao *statu quo ante* — ou seja, ao estado anterior ao dano.

Esse dever de indenizar é uma obrigação: a obrigação de indenizar. Existem outros tipos de obrigação, como a de dar, a de fazer e a de não fazer. Segundo observação de Sérgio Cavalieri (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3), a obrigação constitui um dever originário ou primário, gerando um dever jurídico sucessivo, também chamado de “secundário”, que é justamente a responsabilidade. Para justificar sua observação, invoca o art. 389 do Código Civil, que dispõe que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (BRASIL, 2011).

Logo, sendo a responsabilidade uma obrigação de observância das normas jurídicas, ela não existe sem a violação do descumprimento do dever jurídico preexistente (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 5). Para outros autores, como Orlando Gomes, existe a responsabilidade sem obrigação, como no caso da fiança. Porém, para muitos doutrinadores esse fato é visto como outro tipo de responsabilidade, a indireta, como será abordado oportunamente (GOMES, 2002, p. 12).

Realmente, o Código Civil, logo no art. 927, o primeiro dispositivo do Título IX – Da Responsabilidade Civil e do Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar, impõe o dever de indenizar aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, ficando obrigado a repará-lo.

Pode-se então concluir que o ato ilícito é um dos fatores geradores da responsabilidade civil, se não o principal. Neste aspecto, o Código Civil Brasileiro

seguiu o modelo do BGB 1897 – Código Civil Alemão – que embutiu a expressão *ato ilícito* em contrapartida ao delito e ao quase delito da tradicional doutrina romana.

Mas não é só o ato ilícito que gera a obrigação de indenizar. Deveras, existem outras hipóteses nas quais também se deve reparar o dano causado, não se cogitando da ilicitude da conduta, em que o dano é reparável sem o fundamento da culpa, baseando-se no risco objetivamente criado ou, mesmo, reparável sem o cometimento de ato ilícito. De fato, o parágrafo único do art. 927 estabelece a responsabilidade fundada no risco da atividade normalmente desenvolvida que implique, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Tem-se ainda os arts. 928 e 929, impondo a conciliação da licitude da ação e o dever de indenizar o dano causado para remover perigo eminente, recaindo a obrigação no autor do fato, que possui a ação regressiva em face do terceiro causador do dano. Outras hipóteses são concebidas, como a passagem de cabos e tubulações (art. 1.286) e a servidão de passagem forçada (art. 1.285) (BRASIL, 2011).

Conforme Maria Helena Diniz (2005), a responsabilidade civil pode ser de três maneiras classificada. Quanto ao seu fato gerador, poder ser contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico; ou extracontratual (ou aquiliana), se proveniente de ato ilícito praticado por pessoa capaz ou incapaz. Quanto ao seu fundamento, pode ser subjetiva, em caso de existência de culpa ou dolo por ação ou omissão e objetiva, se calcada no risco, sendo irrelevante a conduta. Relativamente ao agente, pode ser de forma direta, quando proveniente do próprio agente imputado; e indireta (ou complexa), se proveniente de ato de terceiro com quem o agente tem vínculo legal de responsabilidade.

Partindo dessa classificação, passa-se a analisar cada uma delas. Porém, antes de adentrar aos tipos de responsabilidade elencados, mister introduzir que para suas configurações é imprescindível a ocorrência de alguns requisitos, quais sejam: a existência de uma ação, a ocorrência de um dano – patrimonial ou moral – e o nexo de causalidade entre esse dano e a ação perpetrada.

Didaticamente, opta-se por analisar cada um desses requisitos de forma específica, ou seja, como devem se configurar para a caracterização dos tipos da classificação proposta.

### **2.2.1 Responsabilidade extracontratual subjetiva**

A responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, ocorre quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas sim de infração ao dever legal de conduta, pois na qualidade de jurisdicionados todos os indivíduos têm que respeitar o direito alheio e obedecer às normas que regem suas condutas.

O Código Civil estabeleceu uma regra geral de responsabilidade subjetiva, por meio do art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2011, p. 350).

Já o ato ilícito é conceituado no art. 186, que reza: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2011, p. 266).

Logo, há de se conjugar esses dois dispositivos para se chegar à cláusula geral da responsabilidade subjetiva. Nisso tem-se que é necessária uma conduta culposa, cometida mediante a prática de um ato ilícito. Mas isso não é tudo, sendo necessário, ainda, o nexo de causalidade entre essa conduta – culposa e ilícita – e o dano para a configuração do dever de indenizar. São estes os três requisitos para a configuração do dever de indenizar, os quais serão analisados a seguir.

### **2.2.2 A Conduta culposa**

Inicialmente, observa-se que a *conduta* é um gênero, possuindo como espécies a *ação* e a *omissão*.

A conduta por meio de uma ação, ou comportamento comissivo, vem a ser a prática de um ato que não deveria se efetivar. Consiste em um movimento corpóreo, positivo, de um fazer — ou seja, a prática de um ato; no caso, um ilícito praticado por culpa.

Já a conduta omissiva é um não fazer. Porém, não é qualquer tipo de omissão que gera a responsabilidade extracontratual. Primeiramente, deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, pelo que estão excluídas as omissões inconscientes de qualquer forma. Em segundo lugar, para que a omissão caracterize um dever de indenizar é necessário que o agente omissivo tenha o dever jurídico de agir, praticando um ato para evitar o dano; ou seja, que a situação vivenciada o obrigue agir. Isso porque, como regra geral,

uma atitude negativa não teria o condão de gerar dano culposo. Esta é a responsabilidade direta, por fato próprio.

Existe ainda a responsabilidade indireta, podendo ser de outrem ou da coisa, a quem o responsável está vinculado, seja por um dever de guarda, vigilância ou cuidado. É o que estabelece o art. 932 do Código Civil ao dispor que os pais respondem pelos filhos menores que estiverem sob sua guarda, assim como o tutor ou curador pelos pupilos e curatelados, e o empregador por seus empregados, ou, ainda, por dano causado por animal e por coisas que estava sob sua guarda (arts. 936, 937 e 938) (BRASIL, 2011, p. 681).

É de se destacar que não importa o grau da culpa — seja ela leve, levíssima, grave ou gravíssima — ou o seu tipo — negligência, imprudência ou imperícia — ou, mesmo, se se trata de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para a configuração do dever de indenizar.

Porém, é necessário definir, sumariamente, o que vem a ser culpa. A melhor definição é aquela que a distingue do dolo. Neste, o agente deseja não só a ação, como também o resultado; ou seja, é a vontade consciente dirigida à produção de um resultado ilícito. Naquela, o agente só visa a ação, porém, acaba por atingir o resultado acidentalmente, diante da falta de cuidado.

Ponto interessante é que o Código trouxe uma mudança brusca no que tange à culpa. Isso porque, apesar de não importar a modalidade ou o seu grau, o magistrado deverá reduzir equitativamente a indenização a ser aplicada se restar comprovado que ocorreu excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, segundo a disposição do parágrafo único do art. 944 (BRASIL, 2011). Observa-se que o dispositivo não se referiu ao dolo; logo, essa redução não se opera nesses casos. Este dispositivo será objeto de análise acerca da valorização da indenização a ser arbitrada judicialmente.

Não basta o agente ter praticado o ato por culpa, pois o ordenamento jurídico exige que esse agente seja imputável. A imputabilidade deve aqui ser concebida como constitutiva da culpa, relacionada às condições pessoais do agente, como a consciência na prática do ato danoso e a vontade. Ou seja, imputa-se ao agente os atos praticados livre e conscientemente. Assim, para a caracterização da imputabilidade, é necessário que o agente lesante seja capaz civilmente — uma vez que não faz parte do trabalho a análise da capacidade, não se discorrerá sobre ela

— mas se faz necessário elencar quais as causas ou circunstâncias que se constituem em exceções à regra da imputabilidade.

A primeira delas é a menoridade, por meio da qual respondem diretamente pelos seus atos apenas os indivíduos maiores de 18 (dezoito) anos. Entretanto, sendo imputável ou não, o ato ilícito praticado acarretará a responsabilidade objetiva dos pais ou do tutor. Outra causa é a demência ou estado de grave desequilíbrio mental que tornem o agente incapaz de controlar seus atos. Tem-se, ainda, a anuência da vítima ao consentir a lesão a seu próprio direito, o ato praticado mediante o exercício normal de um direito, a legítima defesa, que é excludente de imputabilidade, e, por último, o estado de necessidade.

Conforme se pode concluir pelo arrazoado até aqui, o Código Civil pátrio adotou a postura aquiliana — em que pese ao prestígio e às disposições expressas acerca da responsabilidade objetiva — exigindo-se a culpa para a responsabilização. Daí porque, em qualquer circunstância, basta a presença do elemento culpa para gerar a obrigação de indenizar, cuja medida se baseia, segundo o Código, na extensão do dano causado, *ex vi* do mencionado art. 944 e parágrafo único (BRASIL, 2011).

Excepcionalmente, apenas em uma situação é que o julgador poderá se valer do critério da extensão da culpa: na ocorrência da culpa concorrente, na qual ambas as partes envolvidas no mesmo evento danoso concorreram, reciprocamente, com culpa na sua produção, tornando-se, cada uma delas, reciprocamente, vítima e agente causador, situação em que poderá o julgador se valer não apenas da extensão do dano, assim como do grau da participação culposa de cada uma das partes.

### **2.2.3 Ônus da prova**

Por se tratar de uma responsabilidade não disposta contratualmente — ou seja, não definida (extracontratual) —, será necessária a prova da culpa por parte de quem sofreu o dano, uma vez que a culpa não pode ser aqui presumida. Porém, é desnecessária a constituição do devedor em mora, tendo em vista que quem comete ato ilícito já se encontra em mora. Basta o ajuizamento da ação de indenização com a observância da regra processual do ônus da prova disposta nos

incisos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabendo à vítima e autor da ação o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito (BRASIL, 2011).

Em casos de culpa presumida, fica dispensada sua prova, conforme se discorrerá no tópico dedicado à responsabilidade objetiva, tendo em vista a dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações, pelo que a culpa objetiva foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima.

#### **2.2.4 Abuso de direito**

Não existia previsão expressa acerca do abuso de direito ao tempo do Código de Beviláqua.<sup>2</sup> Havia o tratamento legal referente aos atos ilícitos em apenas dois dispositivos: um tratava do aspecto geral a partir de uma previsão mais abstrata (art. 159)<sup>3</sup>, enquanto o outro se referia a alguns casos que excluía a ilicitude ou contrariedade do ato praticado (art. 160).<sup>4</sup> Partindo desta escassez legal, a identificação do abuso de direito se deu de forma reflexa à previsão constante no art. 160 do diploma revogado. Segundo o seu inciso I, “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 1997, p. 35). Isso implicava dizer que, a contrário senso, não havendo a subsunção da norma ao ato praticado, este se adequaria nos moldes do instituto do abuso de direito.

A ausência de apuramento maior por parte do legislador civil pátrio fez com que pouco se desenvolvesse a teoria atinente ao abuso de direito. Apesar de estar evidente que todo direito deve ser considerado relativo quanto ao seu exercício, mesmo diante do seu caráter absoluto, não houve uma dedicação maior quanto aos estudos sobre tema, que, por sua vez, passou a ganhar forma, à semelhança do que ocorreu com os franceses, quase que exclusivamente a partir de decisões emanadas pelos Tribunais pátrios.

---

<sup>2</sup> Código Civil Brasileiro de 1916.

<sup>3</sup> “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código”.

<sup>4</sup> “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente”.

Os crescentes reclames sociais quanto a atos praticados além do limite considerado como suportável passaram a pressionar o legislador quanto à orfandade legal relativa ao tema. A necessidade do regramento expresso era evidente. Não foi por outra razão que a partir da vigência do Código Civil de 2002 o sistema jurídico pátrio passou a contar com a previsão expressa constante do art. 187 acerca do abuso de direito (BRASIL, 2011, p. 266).

Esses fatos foram constados por Judith Martins Costa:

É justamente essa "lógica" que vem rompida pelo novo Código Civil. Alterou-se, profunda e significativamente, o regime da ilicitude, seja ao estatuir a regra do art. 187, seja ao desconectar, metodologicamente, a consequência geral (isto é, o dever de indenizar) da ilicitude, inserindo-a em título próprio (art. 927 e ss). Daí não ser "indispensável", para os efeitos da tutela conferida pelo art. 187, nem a ocorrência de um evento danoso, nem que o mesmo tenha sido causado por culpa: o art. 187 não é, nem de longe, a "reprodução" do art. 160, inciso I, do Código de 1916 (cuja regra foi apreendida, de resto, no art. 188 do novo Código), não estando, bem assim, limitado à versão subjetiva da Teoria do Abuso, de construção francesa, mas à doutrina do *exercício inadmissível de posições jurídicas*, que não se limita a operar com a noção de "direito subjetivo", preferindo a categoria das "situações jurídicas subjetivas", existenciais e patrimoniais (MARTINS-COSTA, 2005, p. 67).

Assim, tem-se que, atualmente, para o ordenamento civil, o ato ilícito é formado a partir de dois pilares: um decorrente da cláusula geral de ilicitude configurada a partir da culpa ou do dolo do agente, previsto no art. 186, e o outro relacionado ao abuso de direito constante no art. 187. Este último, por sua vez, caracteriza-se por ser objetivo; ou seja, independe da intenção do agente para que sejam delineados seus contornos, mas apenas o excesso manifesto. Neste sentido, o art. 187 deve, sem dúvidas, ser concebido como um modelo jurídico aberto e como uma cláusula geral, informada pelos princípios fundamentais e inserida nesse sistema aberto e móvel que está na base da idealização do novo Código Civil (BRASIL, 2011).

O mais relevante, porém, é observar que a ilicitude no atual modelo não é apenas uma "ilegalidade" e tampouco uma "contrariedade culposa a preceito contratual", pressupondo uma ideia de direito subjetivo que, integrante das complexas situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais, não é "poder da vontade", antes se situando na integração de liberdades coexistentes, como algo que já nasce conformado no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento.

Neste diapasão, não há no abuso de direito uma transgressão direta à previsão normativa. Nestes casos, o sujeito estaria, em princípio, agindo no exercício de seu direito, porém violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico.

Afirma-se, portanto, que no ato ilícito há inobservância de limites lógico-formais, enquanto que no abuso de direito esta “desobediência” ocorre num patamar axiológico-material.

Verifica-se, assim, que a adoção do abuso de direito pelo legislador civil busca adequar a norma ordinária ao estudo constitucional que deve permear todo o ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, ao utilizar-se de conceitos abertos, vinculados a princípios basilares como o da boa-fé e o da função social, o legislador ordinário deu maior volatilidade à antes engessada engrenagem civil, possibilitando acessibilidade maior às constantes mutações sociais.

Por fim, frise-se que, apesar da diferenciação doutrinária existente entre o ato ilícito e o abuso de direito – mesmo tendo o Código Civil esculpido sua previsão normativa no título dos atos ilícitos –, perfila-se com o posicionamento de que ambos os casos deságuam na ocorrência de responsabilização civil por parte daquele que pratica tal ato, lembrando sempre que no abuso de direito tal responsabilização configura-se como objetiva.

Destaca-se que o abuso de direito é mais encontrado no campo da responsabilidade contratual, como se verá no tópico oportuno.

### **2.2.5 O dano**

Sem a presença do dano, seja de qualquer natureza, não há falar-se em responsabilidade, mesmo que a conduta perpetrada seja culposa ou dolosa, pois não havendo prejuízo não há o que indenizar. É o que se extrai da conclusão de Sérgio Cavalieri:

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, como resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

De fato, extrai-se essa fundamental importância do dano para o sistema de responsabilidade civil brasileiro no caput do art. 944: “A indenização se mede pela extensão do dano” (BRASIL, 2011, p. 353). Neste diapasão, uma vez que deve ser medida a extensão do dano, decorre a conclusão lógica de que sem ele não haverá o dever de indenizar. Esse dispositivo será objeto de análise mais detalhada posteriormente.

O homem sempre foi ávido pela acumulação de bens. Desde os primórdios, a ambição humana foi o crescimento de suas divisas, aumentando cada vez mais as suas riquezas. Essa gama de elementos ativos e passivos, que agrega a atividade econômica de uma pessoa, pode ser denominada “patrimônio”. Esse é o patrimônio eminentemente material.

Entretanto, na atual conjuntura, a definição de que o dano é consubstanciado na diminuição do patrimônio pecuniário da vítima se tornou ultrapassada diante da admissão da ocorrência dos danos morais, hoje vistos como uma ofensa aos direitos da personalidade, o que pode ensejar dúvidas no que tange à sua ocorrência. No dano moral, também há a agressão ao patrimônio da vítima, porém esse patrimônio não é aquele traduzido em atividade econômica, e sim referente à honra, ao nome profissional e a família, por exemplo.

Já a identificação da agressão patrimonial não demanda maiores dificuldades. A partir de uma operação matemática simples, é possível chegar à redução sofrida pelo sujeito passivo. O *quantum* é determinado mediante a aferição do montante inicial com aquele montante encontrado ao término da prática do ato ilícito. É a perda efetiva do valor pecuniariamente mensurável caso não houvesse sofrido a lesão.

Para Maria Helena, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2005, p. 66).

Logo, a mera alteração do patrimônio não se configura como dano. Isso porque, para que ele seja existente e se apresente perante o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que haja diminuição do valor economicamente mensurável pertencente à vítima. A mesma autora (2005) vai além desses conceitos e estabelece outros requisitos para que o dano reste configurado, como sua efetividade ou certeza, causalidade, subsistência do dano no momento da

reclamação do lesado, legitimidade e ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Ante o prejuízo patrimonial, o ordenamento jurídico passou a dividi-lo em dois âmbitos: os lucros cessantes; e os danos emergentes.

Os danos emergentes caracterizam-se a partir da efetiva diminuição patrimonial, e os lucros cessantes são constituídos pela privação de determinados valores que seriam agregados aos demais bens do ofendido em caso de inexistência do ato.

O *damnum emergens*, ou dano positivo, trata-se de uma agressão patrimonial real e efetiva, sendo o objetivo da indenização devolver ao lesado, com a maior fidedignidade possível, o *status quo ante*.

O lucro cessante, ou lucro frustrado, pode ser definido como a diferença econômica que a vítima ficou sem auferir em razão da conduta do agente. O *lucrum cessans* pode se apresentar sob algumas formas, desde o simples impedimento de fruição de valores em razão da agressão sofrida, com a conseqüente diminuição do patrimônio, até a não concretização de uma expectativa de lucro. Nesse último caso, tem-se a “perda de uma chance” da vítima.<sup>5</sup>

Não se pretende aqui, por não ser tema diretamente relacionado ao trabalho, tecer considerações acerca da natureza da indenização nestes casos — ou seja, se a título de dano moral ou material, incluídos o dano emergente e o lucro cessante, apesar das controvérsias doutrinárias existentes.

Tem-se, ainda, a distinção dos danos em: direto; e indireto. Define César Fiúza: “O dano será direto quando resultar do fato como sua conseqüência imediata. E indireto quando decorrer de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo, diretamente suportado. De regra, somente se indenizam os danos diretos” (FIÚZA, 2010, p. 740). O mesmo autor alinha outro tipo de dano, o denominado “reflexo”, ou “por ricochete”:

É possível, contudo, falar-se em indenização por dano indireto, na hipótese do dano reflexo ou dano por ricochete. Por exemplo, se um médico, por engano, retira os ovários de uma mulher, além do dano diretamente provocado a ela, terá causado, por via reflexa, por ricochete, um dano ao marido, que estará privado de ter filhos com sua esposa (FIÚZA, 2010, p. 740).

---

<sup>5</sup> Essa teoria, criada na França, nos idos de 1960, e lá denominada de *pert d'une chance*, caracteriza-se pela oportunidade real e concreta — uma vez que o instituto da responsabilidade civil não aceita suposições — em face de uma conduta que obsta que um evento venha a possibilitar uma vantagem ou benefício futuro para o ofendido.

Restou, ainda, a análise dos danos morais, os quais, por constituírem matéria diretamente relacionada com o tema central deste trabalho, serão analisados após as considerações acerca dos outros tipos de responsabilidade, a saber, a contratual e a objetiva. Isso porque os danos morais podem ocorrer tanto na agora analisada responsabilidade extracontratual como nas demais.

Por último, deixar-se-á a análise dos *punitive damages* para o final, uma vez que se trata da principal análise do trabalho.

### **2.2.6 O nexo de causalidade**

O conceito de nexo causal, ou nexo etiológico, ou relação de causalidade, em verdade, não é um conceito jurídico, e sim proveniente de leis naturais. Registra-se, entretanto, os dizeres de Sérgio Cavalieri: “Mas o nexo causal, além desse elemento naturalístico, exige também uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre certo fato e determinado resultado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47).

Trata-se do vínculo, da ligação ou da relação de causa e efeito entre a conduta daquele que praticou o ato e o resultado ocorrido. Portanto, a relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, para que então se possa concluir se a ação (ou a omissão) foi ou não a causa do dano, e determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente, ou seja, o nexo de causalidade é um elemento de referência entre a conduta e o resultado, sendo por meio dele que se pode concluir quem foi o causador do evento danoso.

É possível afirmar, ainda, que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Ou seja, independente da classificação adotada, se subjetiva ou objetiva, salvo em circunstâncias especialíssimas, não haverá responsabilidade sem ele.

É entendimento pacífico na doutrina que o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, inspirada na criação do filósofo alemão Von Kries<sup>6</sup>, no final do século XIX. Já conhecida no Direito Penal, estabelece, no art. 13: “O resultado de

---

<sup>6</sup> Johannes Adolf Von Kries nasceu a 6 de outubro de 1853 e faleceu a 30 dezembro 1928. Foi um psicólogo alemão que formulou a "duplicidade" moderno ou "duplexity", teoria da visão mediada por células haste em baixos níveis de luz e três tipos de células cone em níveis mais elevados de luz.

que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” (BRASIL, 2007, p. 15). Segundo essa teoria, somente causas ou condutas relevantes para a produção do dano são capazes de gerar o dever de indenizar. Ensina Caio Mário: “Em linhas gerais, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade” (PEREIRA, 1992, p. 79).

Em verdade, o nexu causal há de ser o primeiro ponto a ser enfrentado em qualquer caso de responsabilidade civil. Conforme se pode notar pelas considerações feitas, antes de se decidir se o agente agiu ou não com culpa, ter-se-á que apurar se ele é o causador do resultado danoso.

#### **2.2.6.1 Causas de exclusão do nexu causal**

Abordam-se, agora, os motivos pelos quais o agente fica isento da responsabilidade, partindo-se do pressuposto de que ninguém possui a obrigação de indenizar se não provocou o dano.

A primeira causa a ser citada é aquela disposta no título IV - “Do inadimplemento das Obrigações” do Código Civil. Dispõe o art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (BRASIL, 2011, p. 289). Em que pese as discussões acerca da definição de um ou outro caso, para este trabalho isso é irrelevante, importando apenas que na ocorrência de qualquer um deles deve-se verificar, segundo o parágrafo único desse dispositivo, se os efeitos não seriam possíveis de ser evitados.

A segunda causa de exclusão do nexu causal trata-se do fato exclusivo da vítima. Para tanto, necessário que o comportamento da vítima represente o fato decisivo no evento danoso — ou seja, quando o procedimento da vítima é a causa única do acidente, ocorrendo a isenção da responsabilidade. É de se destacar que as modernas legislações, como o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011), também estabelecem ser a culpa exclusiva da vítima uma causa de isenção de responsabilidade, eximindo o fornecedor de bens e serviços em caso de culpa exclusiva do consumidor (inciso II do §3º do art. 14). Para o mestre Caio Mário (1992), existe a possibilidade de concorrência de causas a ser estabelecida entre o agente e a vítima, pois se a vítima concorre por fato seu para o evento danoso terá

também de suportar os efeitos. Se não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Entretanto, existem alguns entraves à sua ideia, uma vez que ocorreria o problema de determinar a proporcionalidade. Além disso, a legislação pátria não faz menção ao grau de culpa, uma vez que a indenização se mede pela extensão do dano, e não da culpa, conforme o art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2011).

Equiparando-se à culpa exclusiva da vítima, na medida em que rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima, o fato de terceiro ocorre quando qualquer pessoa estranha à relação estabelecida entre autor e vítima passa a ser o único e principal responsável pelo acontecimento do fato gerador da indenização.

### ***2.2.7 Responsabilidade extracontratual objetiva***

Atualmente, assiste-se a uma nova fase da responsabilidade civil. Isso porque a responsabilidade subjetiva era tida como suficiente para dirimir os conflitos até então existentes, funcionando de maneira satisfatória. Entretanto, com o passar dos anos, notou-se que as vítimas tinham dificuldades em comprovar a culpabilidade do agente em certos casos. Realmente, desde o aparecimento do maquinismo os acidentes de trabalho começaram a se difundir, o que pode ser facilmente verificado a partir da Revolução Industrial, passando a ocorrer uma ruptura do equilíbrio antes existente. O progresso dessas indústrias avolumou a sociedade com novos equipamentos e inventos, criando-se as atividades de alto risco e, por consequência, aumentando o número de acidentes, sobre os quais, por sua essência, são difíceis de se avaliar a culpa no evento ocorrido.

Foi assim, iniciando-se com os acidentes de trabalho, que começaram a serem delineadas as primeiras ideias acerca de uma responsabilidade na qual o trabalhador seria dispensado do ônus de comprovar a culpa do patrão. A esta fase seguiu-se a dos acidentes coletivos e, posteriormente à fase de produção em massa de bens e serviços, uma gama enorme de pessoas, implicando em uma multiplicação das oportunidades e das causas de danos.

Os Tribunais, primeiro, começaram a admitir maior facilidade na prova da culpa, passando, posteriormente, pela culpa presumida, pelo aumento de casos de

responsabilidade contratual, até que se desaguou na fase da responsabilidade sem culpa, ou objetiva.

Acerca da culpa presumida, para que não parem dúvidas acerca de sua similitude com a responsabilidade objetiva, reporta-se aos dizeres de Rui Stoco:

Um desses meios técnicos, ou um dos aspectos que se identifica como representativos da marcha no sentido da responsabilidade objetiva, é a teoria da culpa presumida. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado (STOCO, 1997, p. 64).

Realmente, esse jurista, que iniciou sua doutrina no início do século passado, já vislumbrava uma ideia, atualmente disposta no Código Civil, qual seja, a de sempre se observar e primar pela reparabilidade da vítima, foco principal do instituto da responsabilidade.

À responsabilidade objetiva, também denominada “responsabilidade pelo risco”, aplicam-se também os mesmos requisitos vistos no item anterior, quais sejam, uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal, havendo uma única exceção, conforme ensinamento de Sérgio Cavalieri:

Mesmo na responsabilidade objetiva – não será demais repetir – é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, só excepcionada nos raros casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no dispositivo em exame (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 185).

A maior diferença a ser apontada é a de que aqui não se fala em culpa, pois seu fundamento não é a culpabilidade, e sim um elemento objetivo, o dano, e por isso é denominada “responsabilidade objetiva”.

Diferentemente da responsabilidade civil subjetiva, na qual existem alguns casos de excludente de responsabilidade, pelo que o agente não responde pelos danos causados, na responsabilidade objetiva existe apenas uma hipótese na qual o agente não responde pelo evento danoso ocorrido. Trata-se da culpa exclusiva da vítima, que ocorre quando ela contribuiu, única e exclusivamente, para o acontecimento do dano. Importa ressaltar que a culpa há de ser exclusiva, e não concorrente. Discussão interessante é no sentido de que se o caso fortuito e a força

maior seriam excludentes dessa responsabilidade, sob o argumento de que romperiam o nexa causal. Sem embargo das opiniões contrárias, adota-se o posicionamento do professor César Fiúza:

Ora, que nexa causal? O nexa entre a conduta culpável e o dano não pode ser, dado que não se cogita de culpa na responsabilidade objetiva. Na verdade, o nexa que deve existir é bastante objetivo. O dano deve resultar da simples atividade ou do simples fato objetivo do responsável: exercer o transporte aéreo, ter filhos, ser tutor ou curador, ter empregados, exercer atividade perigosa, etc. Se o caso fortuito e a força maior excluíssem a responsabilidade, tratar-se-ia de culpa presumida e não de responsabilidade objetiva. Só se pode admitir a exclusão da responsabilidade, se o caso fortuito ou a força maior excluíssem a própria autoria, ficando provado que o dano ocorreria de qualquer maneira (FIÚZA, 2010, p. 750).

Aqui, também vale destacar os dizeres de Rui Stoco, que, juntamente com outros doutrinadores brasileiros, como Wilson Melo (1969) e Caio Mário (1992), foi um dos primeiros a se manifestar acerca da necessidade de se adotar uma responsabilidade baseada nos riscos da atividade:

A doutrina objetiva encontra maior supedâneo na doutrina do risco. De um lado, uns mantêm fidelidade à teoria da responsabilidade subjetiva, repelindo a doutrina do risco, de outro lado, há os que abraçam a doutrina do risco, considerando-a substitutivo da teoria da culpa, que seria insatisfatória e estaria superada. Outros admitem a convivência de duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu (STOCO, 1997, p. 65).

De fato, para o seu pleno funcionamento, foram criadas algumas teorias no que tange ao risco da atividade desenvolvida, em contrapartida à teoria da culpa, sobre as quais se assentam os fundamentos dessa responsabilidade sem culpa, sendo interessante destacar: o risco proveito, o risco profissional, o risco criado, o risco excepcional, o risco integral e a ideia de garantia.

Vale destacar no momento apenas a teoria do risco (englobando todas as retroreferidas) formulada por Alvinio Lima, contrapondo-a à teoria da culpa. Pede-se vênua para transcrevê-la, diante de sua longa explanação, mas que se faz necessária para melhor elucidação da questão:

A teoria da culpa não podia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos de danos; pelas malhas de um princípio de ordem moral consagrado na culpa, embora lógico e elevado, os astutos e afortunados autores do delito civil, à maneira dos que o são no crime, como estuda e proclama Ferriani, passaram a ser os 'fazedores de atos', de atos danosos, cujas consequências recaem sobre as vítimas inocentes. Foi, pois, em nome dessa insegurança da vítima, cada vez mais evidente e alarmante, desta maioria dos indivíduos expostos ao perigo tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico, natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça, equidade e equilíbrio os problemas criados pelos próprios homens; foi em nome do princípio da igualdade que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento da responsabilidade, como afirma Jossierand, que se ergueu a teoria do risco (LIMA, 1999, p. 195).

Vale destacar ainda que seu maior defensor talvez seja Caio Mário:

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco (PEREIRA, 1997, p. 268).

O estudo da teoria do risco integral, por meio da qual se indeniza a vítima, independe do nexos de causalidade e de sua culpa. Posteriormente será feita sua análise.

Essa responsabilidade (extracontratual objetiva) é aplicada excepcionalmente e somente em casos de expressa disposição de lei, constando tanto do Código Civil (Brasil, 2011) quanto de legislações esparsas. Vale agora destacar sumariamente a evolução legislativa da questão no Brasil até chegar às atuais disposições do Código Civil de 2002 (Brasil, 2011).

O antigo Código Civil possuía o elemento culpa como fator principal e determinante para a configuração do dever de indenizar. Com o passar do tempo, foram editadas diversas legislações esparsas dispendo acerca do caráter objetivista da responsabilidade, desaguando no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011), com base no qual se estabeleceu como regra geral a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. Para corroborar tal tendência objetivista, o atual Código Civil também privilegiou essa objetividade da responsabilidade, tão

marcantes e genéricas as disposições do parágrafo único do art. 927 e do art. 931 (BRASIL, 2011).

Prosseguindo neste histórico da responsabilidade objetiva, a maioria dos autores aponta que a primeira legislação pátria acerca do tema (teoria do risco) foi o Decreto 2.681, editado em 1912 (BRASIL, 1912), em que pese as observações de Caio Mário: “Embora não abrace francamente a teoria do risco, a Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, estatuiu que as estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais, bem como aos passageiros que utilizarem este meio de transporte” (PEREIRA, 1992, p. 67).

A legislação que se seguiu, a qual, para muitos, marcou o verdadeiro início da responsabilidade objetiva trata-se dos casos envolvendo acidentes de trabalho. Isso se deve ao fato de que na maioria dos acidentes que envolvessem uma relação empregatícia restava difícil, se não impossível em alguns casos, comprovar a culpa do empregador, ficando o empregado numa situação de hipossuficiência, incapaz de fazer valer a teoria subjetivista. Para a proteção do empregado, foi editado o Decreto 3.724, de 1919 (BRASIL, 1919). Seguiram-se outras legislações, até culminar com a sistemática atual com base na qual basta ao empregado comprovar a ocorrência do acidente e a relação de emprego para receber do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) o respectivo seguro. Caso reste comprovada a culpa ou o dolo por parte do empregador, a indenização acidentária não excluirá a do Direito Comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, segundo o Enunciado 229 do Supremo Tribunal Federal. É caso típico da aplicação da teoria do risco integral: ou seja, independente da culpa exclusiva da vítima e de caso fortuito ou força maior.

Cronologicamente, foi promulgada a Constituição da República do Brasil, em 1946, dispondo acerca da responsabilidade objetiva do Estado (BRASIL, 1946).

Em 1967, sobreveio o Código da Mineração, Decreto-Lei 227, estabelecendo que os exploradores da lavra seriam responsáveis pelos danos a terceiros (BRASIL, 1967).

Outra legislação com caráter nitidamente objetivista é a lei que regula o seguro em caso de acidentes automobilísticos, uma vez que estabelece o pagamento de indenização a qualquer vítima, independente de sua culpa ou do condutor do veículo. Promulgada em 1974, sob o número 6.194, foi parcialmente alterada pela Lei 11.945, de 4 de junho de 2009 (BRASIL, 1974); (BRASIL, 2009).

Diante da importância do meio ambiente, foi criada a Lei 6.938, de 1981, a qual prevê que em caso de degradação ambiental responde o explorador, independente de culpa. Esse caso, de responsabilidade objetiva, é abarcado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1981). Outra hipótese relacionada com o meio ambiente também foi estabelecida constitucionalmente, por meio da responsabilidade por atividades nucleares.

Em 1986, foi promulgado o Código Brasileiro de Aeronáutica, que prevê a responsabilidade por danos causados pela aeronave a terceiros na superfície (BRASIL, 1986).

Sobreveio então a legislação de maior alcance da responsabilidade objetiva, a Lei 8.078, promulgada em 1991, que cria a responsabilidade pelo fato do produto, do serviço e de seus defeitos e vícios (BRASIL, 1991).

### ***2.2.8 Casos de responsabilidade objetiva no Código Civil***

São inúmeras as hipóteses nas quais o Código Civil (BRASIL, 2011) estabeleceu a responsabilidade objetiva, valendo aqui discriminá-las, sem, contudo, tecer maiores considerações. Algumas delas já haviam sido objeto das legislações esparsas:

- a) danos causados provenientes de agente em estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de direito;
- b) acidentes de trabalho e a responsabilidade do empregador pelos atos dos prepostos;
- c) responsabilidade dos pais pelos filhos menores e do tutor e curador;
- d) responsabilidade das empresas do ramo de hotelaria;
- e) responsabilidade das sociedades empresariais e dos empresários individuais, bem como daquelas que exerçam atividade que por sua natureza importem em riscos;
- f) responsabilidade do dono de prédio do qual são arremessadas ou caídas coisas.

Por último, no que se refere ao ônus da prova na responsabilidade objetiva, diante de todo o arrazoado aqui levantado, certo é que a vítima não precisa

comprovar a culpa do agente causador do dano, cabendo a este, no caso, comprovar que o evento danoso se deu por culpa única e exclusiva da vítima.

Da mesma forma, nos casos de culpa presumida também ocorre uma inversão do *onus probandi*. Assim, ao se presumir o comportamento culposo do causador do dano, cabe-lhe demonstrar a ausência de culpa.

Para finalizar o raciocínio, vale destacar as palavras de Facchini no que tange ao modelo de responsabilidade brasileiro:

O fato é que a moderna responsabilidade civil comporta tanto a culpa quanto o risco (modelo misto). Quando a culpa não puder fundamentar o direito à indenização, passa a atuar o modelo objetivo. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado (FACCHINI NETO, 2003, p. 26).

### **2.2.9 Responsabilidade civil do Estado**

Ensina a doutrinadora de Direito Constitucional Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da idéia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas. (DI PIETRO, 1999, p. 506).

De fato, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1946, por meio do art. 194 (BRASIL, 1946), dispunha que as pessoas jurídicas de direito público interno seriam civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários que nessa qualidade causassem a terceiros. O respectivo parágrafo único estabelecia que caberia ação regressiva contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido culpa destes.

No mesmo sentido, a Constituição de 1988 também previu a responsabilidade objetiva, desta feita incluindo uma nova categoria de pessoas jurídicas hoje existentes, no §6º do art. 37: “[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 2011, p. 44).

Da leitura do dispositivo constitucional extrai-se que são exigidos alguns elementos ou circunstâncias para a configuração dessa responsabilidade. A constitucionalista Di Pietro (1999) apontou cinco requisitos:

- a) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos;
- b) que essas entidades prestem serviços públicos — ou seja, excluem-se as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada, pelo que às sociedades de economia mista e empresas públicas que não desempenhem serviço público são aplicadas as regras de direito privado, isto é, a responsabilidade subjetiva;
- c) que fique caracterizado o nexo causal, ou seja, um dano causado a terceiros;
- d) que o dano seja causado por agente público ou por particular em colaboração com a Administração; e
- e) que esse agente cause o dano no exercício de suas funções.

A teoria aplicada à responsabilidade civil do Estado é a teoria do risco administrativo, pois, diferentemente da teoria do risco integral, tratando-se de atividade do Estado, ele só responde diante da comprovação do nexo de causalidade. Essa teoria justifica-se diante da necessária incolumidade e solidariedade sociais.

No que tange à culpa pelo evento danoso, apesar de estar assentada a responsabilidade objetiva, vale ressaltar a observação de César Fiúza no sentido de que de “qualquer forma, na prática forense a culpa sempre é examinada, porque o dever de indenizar cessa, se o Estado provar que a culpa foi exclusiva da vítima. Se a vítima teve culpa parcial, haverá abatimento no montante indenizatório” (FIÚZA, 2010, p. 752).

Da observação acima, extrai-se que as causas que excluem o nexo causal, quais sejam — força maior, caso fortuito e fato exclusivo da vítima e de terceiro — excluirão também a responsabilidade objetiva do Estado e que a culpa concorrente acarreta a atenuação da indenização.

Isso implica dizer que em casos envolvendo qualquer excludente do dever de indenizar objetivamente caberá à vítima comprovar que mesmo tendo ocorrido uma excludente houve culpa do Estado, sendo o caso de responsabilidade subjetiva.

Importante tecer duas considerações acerca das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A primeira é a de que as empresas de direito privado que exerçam atividade econômica respondem subjetivamente, e não de forma objetiva, podendo sê-lo apenas nos casos de serem fornecedoras de produtos ou serviços, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda é acerca da responsabilidade subsidiária do Estado em relação a essas empresas. Isso porque, caso a empresa prestadora de serviço público seja condenada a pagar uma indenização e não possua recursos para tanto, aí sim caberá ao Estado o pagamento da indenização, por ter escolhido mal aquele a quem atribuiu tarefa que lhe incumbia inicialmente.

### ***2.2.10 Responsabilidade contratual***

Da mesma forma que na responsabilidade extracontratual, aqui ocorre uma violação de um dever jurídico já estabelecido, pois também se trata de um ilícito civil. Muito interessantes são as observações do professor Sérgio Cavalieri (2010) no sentido de que a responsabilidade contratual não se encontra no contrato efetivamente, como sustenta a grande maioria dos autores. Para ele, o que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. Ou seja, a responsabilidade surge quando uma delas descumpre esse dever (ou obrigação) assumido contratualmente.

Alguns autores, bem como alguns ramos do Direito Civil, apontam uma tendência de se unificar as responsabilidades extracontratuais e contratuais, como o fez o Código de Defesa do Consumidor, que superou essa dicotomia, sempre no intuito de proteger a parte hipossuficiente. De fato, esse Código fez isso ao instituir a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, equiparando ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (BRASIL, 2011). Para tanto, sustenta-se que a essência da culpa é a mesma em ambos os casos — ou seja, tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual. Entretanto, tem-se que, apesar da pouca diferenciação entre elas — tanto que também nos casos de responsabilidade extracontratual prevalecem as regras acerca da conduta do agente, do nexos causal e do dano — certo é que para fins de comprovação da culpa basta analisar o contrato existente e os deveres nele estabelecidos. Ou seja, a culpa

aqui pode ser denominada de *ex re ipsa*, o que significa ser a posição do credor mais vantajosa.

Outro exemplo clássico dessa tendência de unificar as responsabilidades ora debatidas é apontado por Cáo Mário:

Alguns autores, em verdade, detêm-se numa terceira categoria, ou num *ter genus*, considerando como caráter autônomo a responsabilidade profissional (transportes, medidos, fabricantes, notários) que assumiria condições de um tipo especial de 'responsabilidade legal', porque regida por legislação especial (PEREIRA, 1992, p. 249).

De fato, no caso dos trabalhadores existe um contrato de trabalho no qual se encontra estabelecida a cláusula de “efetividade do transporte”, implicando um transporte seguro. E, ocorrendo um acidente com danos ao trabalhador, fica caracterizado o inadimplemento, o ilícito contratual, em razão do qual o transportador terá que indenizá-lo.

No que tange ao ônus da prova na responsabilidade contratual, fala-se em culpa presumida, o que nem sempre ocorre. Isso porque, apesar de as obrigações estarem dispostas contratualmente, dependerá do seu tipo. Neste diapasão, tratando-se de responsabilidade de resultado e caso a parte não obtenha o sucesso estabelecido, aqui, sim, a culpa é presumível. Porém, em se tratando de obrigação de meio, será fundada na culpa provada, cabendo ao devedor provar a inexistência de culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

Prevalecem aqui as considerações acerca do dano, da conduta e do nexo causal, mas se faz necessário outro requisito, qual seja, a necessidade da existência de um contrato válido, no qual as partes contratantes são efetivamente capazes, com a respectiva inexecução.

### **2.2.11 Breves considerações acerca do dano moral**

Optou-se por abordar aqui a questão dos danos morais, no último tópico destinado à evolução da responsabilidade civil no Brasil, por se tratar de matéria diretamente relacionada com o tema deste trabalho. Porém, neste capítulo, não se tratará dos danos morais no que respeita às suas novas tendências, por exemplo, as divergências no que tange à sua natureza, bem como às suas novas funções, atualmente difundidas, tendo em vista que esses aspectos constituem o foco

principal da análise do instituto da responsabilidade civil e serão analisados nos capítulos seguintes.

O dano moral será analisado desde a sua concepção no Brasil, passando pelo período de negação absoluta, da aceitação divergente, até chegar aos dias atuais, sem, contudo, propor novas análises, o que será feito somente após a abordagem dos próprios *punitive damages*, os quais serviram de baliza ou ponto crucial para a escolha do tema. Tudo isso para que, de forma didática, o trabalho, primeiro, analise o desenvolvimento dos danos morais; segundo, percorra as novas tendências da responsabilidade civil; terceiro, analise o instituto proveniente do Direito Anglo-Saxão, os *punitive damages*; quarto, analise se esse instituto alienígena pode ser introduzido no ordenamento brasileiro, bem como de qual maneira — ou seja, se é viável sua aplicação nos mesmos moldes lá aplicados, ou se são necessárias algumas adaptações.

A divisão do trabalho ora proposta se deve à constatação de que mesmo atualmente, após colocada uma pá de cal sobre a aceitabilidade dos danos morais, existem muitas divergências acerca de sua aplicação, o que necessariamente conduz à análise da própria natureza do instituto da responsabilidade civil, diante do fato de que com o passar dos anos qualquer ciência sofre mutações de acordo com suas necessidades, o que evidentemente também ocorre com o Direito.

### **2.2.12 Os danos morais no Direito brasileiro**

De forma sucinta, pode-se identificar a existência de três períodos distintos acerca do dano moral no Direito brasileiro. O primeiro foi a negação completa de sua incidência, sob o argumento principal de que ele seria inestimável, chegando a ser considerado, até mesmo, ilegal o fato de se fixar um preço para a dor da vítima. O segundo período, apesar do início da aceitação dos danos morais, corresponde à fase na qual se discutia sua cumulatividade com os danos materiais. No terceiro período, sua aplicação foi aceita, estando hoje em dia assentado e sem divergências sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, que se iniciou a partir da Constituição Federal de 1988, inserindo previsão específica em seu corpo normativo, o que foi posteriormente confirmado pelo Código Civil de 2002, instituído pela Lei 10.406 (BRASIL, 2011).

Registre-se que a primeira legislação no Brasil a tratar dos danos morais foi a Lei 4.117/62, que, em seu art. 81, estabeleceu direito a indenização em caso de ofensa à honra por meio de radiodifusão (BRASIL, 1962). Posteriormente, a Lei nº 5.250/67, em seu art. 53, dispôs acerca da reparação pecuniária para o caso de ofensa à honra por meio da imprensa (BRASIL, 1967).

No início, quando os doutrinadores começaram a admitir a existência dos danos morais, sua definição partia de um conceito negativo, fazendo menção a todos os danos que não fossem de caráter patrimonial. Ou seja, dano moral seria todo dano não material. De fato, um dos primeiros doutrinadores a admitir sua incidência foi o civilista Wilson Melo da Silva:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (SILVA, 1969, p. 13).

Prosseguindo em sua definição, o mesmo autor sustenta:

Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal (SILVA, 1969, p. 13).

Da mesma forma, o também civilista José de Aguiar Dias assim o conceituou: “Quando o dano não corresponde as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral” (DIAS, 1987, p. 122).

Para muitos autores, essas premissas acerca do dano moral podem ser atribuídas ao fato de que o Código Civil de 1916 não dispunha de maneira expressa a sua aplicação, conforme observa Américo Luiz Martins da Silva:

O Código Civil de 1916, apesar de regular com muita timidez a matéria relacionada à reparação do dano moral e excluí-la em alguns casos, a nosso ver, de um modo geral, não chegava a existir óbice decisivo à sua aceitação. Tanto é que a reparação do dano moral, conforme previsto no artigo 1.543 (com correspondência no parágrafo único do artigo 952 do Código Civil de 2002), era cabível até para coisas que compunham um quarto, uma sala, um escritório, bem como para obras de artes, árvores ou qualquer outro objeto a que se ligava a afeição de uma pessoa (SILVA, 2005, p. 182).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, esses conceitos estão sendo a cada dia mais revistos, diante das questões sociais colocadas

constitucionalmente, situando o homem no vértice do ordenamento jurídico. Segundo o inciso V do art. 5º, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]” e, conforme o inciso X do mesmo dispositivo, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]” (BRASIL, 2011, p. 5-6).

Esses direitos, denominados “direitos da personalidade”, que ocupam uma posição supraestatal, sendo titulares todos que nascem com vida (arts. 1º e 2º do Código Civil de 2002) são aqueles inatos, inerentes a cada cidadão e agora reconhecidos. São eles: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito ao nome, o direito à imagem, o direito à intimidade e o direito à privacidade. Introduzindo esses direitos, a Carta Magna, logo no art. 1º, ao dispor sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, erigiu a dignidade humana como um dos fundamentos da República, sendo a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Daí porque eles são englobados pelo direito à dignidade, que serve de fundamento para todos os preceitos constitucionais previstos.

Foi assim que as pessoas, antes encaradas como meros produtores de riqueza, passaram a ter uma proteção completa e balizada apenas em sua condição de “ser”, ao invés do padrão do “ter”, adotado em ordenamentos jurídicos anteriores.

A melhor definição de danos morais, que hoje se amolda aos preceitos constitucionais, é aquela que o define como uma agressão a qualquer dos direitos da personalidade, em um conceito tido como *lato sensu*. Em um conceito *strictu sensu*, define-se o dano moral como sendo uma violação do direito à dignidade humana.

Segundo Carlos Alberto Bittar (2000), os direitos da personalidade podem ser divididos em três espécies: direitos físicos, referentes à integridade corporal; direitos psíquicos, referentes a elementos intrínsecos; e direitos morais, referentes às características do ser humano em relação à sociedade em que vive.

Uma das mais precisas definições de dano moral foi formulada por Maria Celina Bodin de Moraes, autora reconhecida no meio doutrinário por suas ideias inovadoras na obra *Danos à Pessoa Humana*:

O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana) (MORAES, 2009, p. 132).

Diante desses novos conceitos, hoje admitidos amplamente, caíram por terra as definições que limitavam os danos morais a qualquer tipo de sofrimento ou dor, uma vez que se pode concluir que para sua configuração não é necessária qualquer alteração negativa do estado anímico da pessoa. Ao contrário, pode haver a dor, sem que necessariamente a pessoa seja lesada em sua dignidade. Neste raciocínio, tem-se que até mesmo os ébrios mentais, apesar de sua incapacidade de discernimento, são sujeitos passíveis de sofrerem danos morais, pois sua dignidade pode ser atingida. Isso porque a dor, a humilhação, a angústia e, até mesmo, a alteração do estado de alma da vítima são apenas a consequência ou o efeito da violação da dignidade. Ou seja, esses efeitos são, em verdade decorrentes do dano moral, que a eles sucede, sendo a consequência, e não a causa.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que houve uma constitucionalização dos danos morais. Além disso, os danos morais foram expressamente previstos no Código Civil de 2002, corroborando a tendência de colocar em foco o ser humano, com base nos arts. 186, dispondo que aquele que causar dano, ainda que moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, e no art. 927, o qual se refere expressamente às disposições do art. 186 (BRASIL, 2011).

Comungando a tese de que os danos morais não se restringem à dor, tristeza ou sofrimento, o magistrado e civilista Sérgio Cavalieri aponta ainda a existência de outros direitos:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual ou social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 84)

Cabe aqui ressaltar o fato de que a maioria dos operadores do Direito tem dificuldade em entender a ciência baseada em princípios, admitindo apenas as regras, o que não pode ocorrer no enfrentamento da problemática dos danos morais. Essa colocação é importante para que melhor se compreenda o instituto em questão, uma vez os danos morais estão diretamente ligados aos princípios. Para tanto, utiliza-se das observações de André Gustavo de Andrade, que, de forma límpida, esclareceu a diferenciação e ensina como analisar um caso concreto:

Enquanto as regras trazem a (aparente) sensação de que se pisa em terreno firme próprio, os princípios, com sua textura aberta, deixam a impressão de que se está pisando em terreno movediço e alheio. Como resultado, o julgador, frequentemente, tende a fazer uma interpretação 'avaliativa' e mecânica dos textos, descomprometida dos ideais de justiça e incorporados na Constituição. Contudo, o juiz não deve supor que, por não exercer um mandato popular, lhe falte legitimidade para, no julgamento de um caso concreto, afastar alguma norma infraconstitucional em prol de uma aplicação de um princípio constitucional, como o da dignidade humana. A legitimidade do juiz decorre não apenas de sua seleção com base na Constituição e nas normas infraconstitucionais que a completam, mas, principalmente, da forma como o poder jurisdicional é exercido. Assim, desde que a decisão seja proferida com vistas ao atendimento do interesse público e esteja racionalmente fundamentada em princípios e valores jurídicos, legitimada estará, em linha de princípio, a decisão do juiz (ANDRADE, 2009, p. 25).

Não se pode deixar de apontar o Código de Defesa do Consumidor como um dos marcos dos danos morais, notadamente acerca daqueles que atingem uma coletividade (BRASIL, 2011). De fato, esse Código, pela primeira vez na história, previu a possibilidade de restar configurado o dano moral coletivo e em casos envolvendo a responsabilidade sem culpa, antes o pilar de toda a responsabilidade. Ao assim proceder, nada mais fez do que confirmar a atual tendência já exposta no sentido de colocar os seres humanos na qualidade de consumidores, como fonte maior da proteção legislativa, que agora se volta para a vítima do dano, preocupando-se com o seu bem maior: a dignidade humana.

O ressarcimento pela violação da dignidade humana por meio da configuração dos danos morais se dá mediante o pagamento de pecúnia, em espécie, considerada como uma compensação ou reparação pelos danos sofridos. Ressalte-se, todavia, que com esse pagamento (compensação), diferentemente no caso de dano material, não se pretende devolver o *status quo* da vítima, uma vez que isso seria impossível, diante da violação do bem maior, a dignidade, o que é corroborado por Cavalieri:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substituiu-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 85).

Reiterando esse pensamento, Maria Celina Bodin de Moraes tece críticas acerca da nomenclatura *indenização*, prevista na Constituição Federal:

Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; 'indenizar' é palavra que provém do latim, '*in dene*', que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral (MORAES, 2009, p. 144).

Esse pagamento em espécie era a dificuldade posta pelos assépticos do instituto, os quais até os dias de hoje veem o fato como uma verdadeira imoralidade, na medida em que se está valorando a dignidade da pessoa humana. Mas o fato é que o dano não pode ficar irressarcido, conforme a máxima romana já abordada, sob pena de se instaurar o caos social, já que os agentes se veriam livres para cometer qualquer ilícito e ficarem impunes. Ademais, não se pretende com esse pagamento acabar com o sentimento que aflorou naquele que se sentiu lesado, mesmo porque impossível, e sim minorá-lo.

Nesta linha de raciocínio, o magistrado André Gustavo de Andrade também entende ser impossível a restituição do *status quo*:

De modo geral, é impossível a recomposição ou reparação, ainda que parcial, do bem personalíssimo lesado, como no caso de dano à vida, de lesão grave consistente na perda de um membro ou de um sentido, da injúria real e de outras tantas situações, para as quais resta apenas o sucedâneo da indenização pecuniária. [...] Porque os bens integrantes da personalidade não são quantificáveis em pecúnia, ou seja, não tem um preço, não é possível afirmar que uma soma em dinheiro constitua um equivalente do bem atingido (ANDRADE, 2009, p. 144).

### **2.2.13 Critérios para a fixação do quantum**

No que diz respeito ao valor da indenização, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que o magistrado deve observar o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade. A legislação faz referência aos critérios que devem ser

observados para a fixação do valor da indenização apenas uma vez, no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2011).

Para não haver desproporcionalidade na fixação desse valor, cabe ao magistrado, mediante prudente arbítrio, observar a extensão do dano, conforme mandamento do art. 944. Ou seja, para a fixação da indenização, reza o art. 944 que ela se dará tendo em vista a extensão do dano. O Código acabou, então, por dispor, expressamente, a maneira pela qual o magistrado deverá mensurar o valor da indenização (BRASIL, 2011).

A única exceção prevista pelo Código trata-se da hipótese de redução do valor da indenização. Isso porque o respectivo parágrafo único dispõe que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano o juiz deverá reduzir equitativamente a indenização.

Daí advém outro critério a ser observado: o da equidade. Conforme estabelece o Código, deverá o juiz fazer uma mensuração equitativa. A indenização somente poderá ser reduzida em caso de culpa leve do agente. É essa a leitura gramatical que se faz do *caput* e de seu parágrafo único. Ou seja, o legislador inseriu a mensuração do grau de culpa para fins de mensurar o valor da indenização, mas o fez apenas e tão somente prevendo a redução. Nada dispôs expressamente acerca de sua majoração. Essa exceção quer dizer que passará o juiz agora não apenas a ter que perquirir a culpa nos casos de danos morais, mas também a avaliar o aspecto de sua gravidade, a fim de verificar se é proporcional à extensão do dano. Caso não seja, deverá reduzi-la.

Acerca dessa gravidade da culpa, os doutrinadores costumam classificá-la em alguns graus, podendo apontar: “culpa grave”, se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido justificável ao homem normal; “culpa leve”, quando puder ser evitada com atenção ordinária, como o cuidado próprio do homem comum; e “culpa levíssima”, caracterizada pela falta de atenção extraordinária.

Logo, diante da leitura do parágrafo único do art. 944, pode-se concluir que o legislador inseriu a culpa leve e a levíssima como critério para avaliar a extensão do dano, devendo o juiz reduzir a indenização nesses casos.

Nesse ponto — no que diz respeito à quantificação do dano moral — merecem destaque os demais critérios adotados pela doutrina para a quantificação dos danos morais, uma vez que, em que pese ao fato de o Código ter estabelecido

expressamente a extensão do dano como critério a ser adotado, a doutrina elenca outros a serem observados.

Aspecto apontado por diversos doutrinadores, entre eles Humberto Theodoro, é a condição econômica da vítima e do ofensor para fins de fixação do valor da indenização: “As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 51). Para outros, esse arbitramento, conforme Maria Helena Diniz (2005), deve-se pautar em dois critérios: primeiro, de ordem subjetiva, pelo qual o juiz deverá examinar a posição social ou política do ofendido e do ofensor, a intensidade do *animus ledere* (ânimo de ofender) determinado pela culpa ou dolo; segundo, de ordem objetiva, como a situação econômica do ofensor e a do ofendido, o risco criado com a ação ou omissão, a gravidade e a repercussão da ofensa. “Na avaliação do dano moral o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável” (DINIZ, 2005, p. 97).

Maria Celina também elenca os critérios para mensuração dos danos morais:

Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade de seu sofrimento (MORAES, 2009, p. 296).

Ressalte-se que o critério de mensuração da indenização tendo por base a capacidade econômica de ambas as partes é duramente criticado por alguns doutrinadores, sob o argumento de que tanto as pessoas afortunadas quanto aquelas desprovidas de condição financeira são dotadas de dignidade, igualmente.

Além desse argumento, tem-se que em casos de responsabilidade subjetiva se acaso a indenização for medida pela condição econômica o infrator será penalizado tendo em vista seu patrimônio, e não o grau de acordo com sua culpa. Da mesma forma, o ofendido receberá sua indenização de acordo com sua capacidade econômica, e não com o dano sofrido, o qual deveria ser medido pela sua extensão, conforme estabelece a regra incerta no *caput* do art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2011).

De fato, tanto um gari quanto um diretor de uma grande empresa, ou um médico, possuem a mesma dignidade e honra. Em um caso de ofensa à imagem, tanto um quanto o outro se sentirão atingidos em seus direitos de personalidade. Entretanto, a questão que se coloca é o valor da indenização que cada um deles receberá. É necessário responder a um questionamento para se chegar a uma conclusão: será que o gari e o médico se sentiriam efetivamente compensados a partir dos mesmos valores? Ou, em outros termos: diante da ofensa aos mesmos direitos, a indenização deve ser valorada igualmente e arbitrada no mesmo valor para ambos? Para os defensores das indenizações diferenciadas a partir da condição econômica das partes a resposta para esse questionamento deve-se pautar no princípio constitucional da isonomia. Neste raciocínio, a imposição de sanções diferenciadas representa tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Para os que defendem a tese contrária — indenizações iguais para condutas diferenciadas — isso seria uma ofensa ao princípio da igualdade.

Divergentemente, outros doutrinadores sustentam que o elemento culpa não deve ser analisado para fins de se fixar a indenização, conforme dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

De acordo com os ensinamentos da *Lex Aquilia* (daí a origem da expressão 'culpa aquiliana'), a culpa, por mais leve que seja, obriga a indenizar. Assim, mesmo uma pequena advertência ou distração obriga o agente a reparar todo o dano sofrido pela vítima. Na fixação do *quantum* da indenização não se leva em conta, pois, o grau de culpa do ofensor. Se houve culpa — grave, leve ou levíssima —, todo o dano provocado deve ser indenizado (GONÇALVES, 2010, p. 423).

Em que pese essas discussões doutrinárias, certo é que em caso de alguma das partes envolvidas no processo judicial se sentir lesada caberá ao Superior Tribunal de Justiça sua revisão final, para que não haja eventuais equívocos ou arbitrariedades. Esse mecanismo de fixação de valores é explicado diante da omissão legislativa — proposital, diga-se —, que, diferentemente da Lei de Imprensa, ou Lei 5.250/1967, que estabeleceu o pagamento a partir do salário mínimo, não determinou valores a serem aplicados (BRASIL, 1967).

Os critérios para a mensuração dos danos serão analisados posteriormente, de forma mais detalhada, no intuito de verificar as novas tendências da responsabilidade civil, objeto de capítulo próprio. Isso porque, diante da nova sistemática estabelecida pelo Código Civil (Brasil, 2011) — , qual seja, a de

mensurar a indenização a partir da extensão do dano — tem-se que esse é o questionamento central para a conclusão do presente trabalho.

#### **2.2.14 O mero aborrecimento**

Apesar de parecer simples a questão, a configuração do dano moral há de ser clara, sob pena de o cidadão se aventurar na prática forense no intuito de receber uma compensação por um fato que, em verdade, não se trata de efetiva violação à dignidade humana, e sim de mero aborrecimento a que todos os cidadãos que vivem em sociedade estão sujeitos. Isso porque a existência de forte carga subjetiva nos seus fundamentos faz com que os danos morais se apresentem como uma boa oportunidade para tentativas de estipulação de parâmetros disformes com os objetivos desejados.

A cada dia, verifica-se que é corriqueiro recorrer ao dano moral em qualquer situação, distorcendo-o da sua verdadeira funcionalidade, o que acarreta seu completo descrédito social e uma avalanche de indenizações equivocadas, gerando a denominada “indústria dos danos morais”.

Para Calmon de Passos (2007), todo dano material acarreta, por menor que seja, reflexos no âmbito imaterial. Em uma colisão de veículos, por exemplo, um dos motoristas terá um desconforto, mesmo aquele que receber de sua seguradora um carro reserva, que pode não ter as mesmas qualidades. Daí porque o mestre afirma que é da própria essência do dano esse acréscimo de desconforto e quebra de normalidade em nossa vida.

Ora, as intempéries diárias não são mais do que fatos corriqueiros que devem ser relevados pelo mundo jurídico. A mensuração da aflição sofrida pelo lesado é complexa, ainda mais em se tratando de um dano *in re ipsa*. Por isso é que não há falar-se em prova do dano moral, mas, apenas, do fato que lhe deu causa, conforme abaixo aduzido.

#### **2.2.15 A prova do dano moral**

É voz corrente na doutrina brasileira de que não é possível exigir a prova do dano moral diante de seu caráter subjetivo, diferentemente do dano material, para o qual prevalecem as regras de ônus de prova incertas nos incisos do art. 333, do

Código de Processo Civil (BRASIL, 2011). Assim é que a maioria dos doutrinadores ensina que se trata de uma presunção absoluta ou natural, *hominis* ou *facti*, que decorre do senso comum. Essa também é a posição de Maria Celina, que se baliza em decisões pretorianas transcritas em sua obra: “Embora ainda com alguma vacilação, a jurisprudência do STF tem se decidido pela presunção do dano moral, decorrente de senso comum” (MORAES, 2009, p. 43).

Neste aspecto, é interessante destacar o posicionamento de André Gustavo, que vai além dos conceitos formulados pela grande maioria:

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado algum direito de personalidade, caracterizado estará o dano moral, independente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito (ANDRADE, 2009, p. 103).

### **2.2.16 Espécies de dano moral**

Não se pretende aqui enumerar todos os tipos ou espécies de danos morais. O objetivo é abordar os principais deles, notadamente aqueles mais comuns no cotidiano da vida em sociedade. Ressalte-se, ainda, que não se tratará de casos específicos, na medida em que eles se multiplicam a cada dia, diante da crescente violação aos direitos da personalidade nas suas mais variadas formas, assim como também não se tratará dos danos futuros ou atuais e dos danos provisórios ou permanentes, uma vez que essa diferenciação não importa para fins da análise que se pretende ao final.

#### **2.2.16.1 Dano moral coletivo**

Inicialmente, é necessário destacar que mesmo em se tratando de uma lesão a diversas vítimas concomitantemente, o dano moral individual não desaparece, como no caso de um acidente envolvendo diversas pessoas, uma vez que, apesar da coletividade, existirão vários danos morais individuais.

Feita essa consideração, vê-se que, atualmente, diante do modelo liberal ao qual foi conduzido o sistema capitalista, não é possível mais ver o Direito apenas sob o viés do individualismo. Vive-se em uma sociedade de massa, na qual as

relações plúrimas são inevitáveis diante das novas tendências, principalmente no que tange ao fornecimento de bens e serviços para toda a massa da coletividade, sendo inevitável a aplicação do instituto da responsabilidade civil em seu âmbito coletivo.

Aqui, os sujeitos passivos a serem protegidos são indeterminados e indetermináveis, pois a lesão atinge simultaneamente o particular e a generalidade. Direito coletivo é o gênero do qual são espécies os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Nos direitos coletivos, o objeto, ou o bem jurídico, a ser protegido há de ser indivisível. Ou seja, diferentemente das relações individuais, aqui eles não podem pertencer a nenhum titular de forma autônoma. Constituem direitos transindividuais de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis.

Já nos direitos individuais homogêneos as vítimas não de ser determinadas e o objeto, divisível. Isso quer dizer que a origem do dano é a mesma; entretanto, sua abrangência atinge pessoas determinadas, o que significa dizer que o resultado da violação é diferente para cada lesionado.

Os direitos difusos também se constituem em direitos transindividuais. São caracterizados, principalmente, por sua indivisibilidade, em que a satisfação do direito deve atingir uma coletividade indeterminada, porém ligada por uma circunstância de fato.

#### **2.2.16.2 Dano moral à pessoa jurídica**

A corrente, hoje minoritária, que defende a inaplicabilidade da indenização por danos morais às sociedades empresárias ou civis parte do pressuposto de que o dano moral é sinônimo de dor, humilhação e sofrimento. Ou, ainda, se apega ao fato de que a honra é inerente ao ser humano, não sendo possível detectá-la na seara empresarial.

Em verdade, se se considerar a honra apenas em seu aspecto subjetivo — ou seja, aquilo que pertine à dor, ao decoro —, de fato, somente as pessoas físicas são aptas a sofrer danos passíveis de indenização de caráter moral. Entretanto, se colocada em pauta a honra objetiva, aí, sim, pode-se concluir que as pessoas

jurídicas podem sofrer danos morais, uma vez que essa honra se refere ao aspecto externo — ou seja, à reputação, ao bom nome e à imagem.

Em que pese os entendimentos em contrário, o Superior Tribunal de Justiça colocou uma pá de cal na questão ao editar a Súmula 227, dispondo que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

### **2.2.16.3 Dano estético**

Os direitos da personalidade podem ser divididos em: físicos, psíquicos e morais, pelo que também incluem o aspecto corporal. Os danos estéticos constituem-se justamente na violação física da vítima, que se vê deformada, de qualquer natureza. Estética é a ciência que trata do belo, da beleza física (BUENO, 2001). Daí se conclui que o dano estético é indenizado moralmente, além de materialmente.

Atualmente, a maior discussão doutrinária se refere à sua classificação, alçando-o a uma terceira categoria de danos: logo após os danos materiais e os morais, ou se seria uma espécie dos danos morais.

Partindo da premissa de que restou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça que os danos estéticos podem ser cumulados com os danos morais, tem-se que eles são distintos, pois se assim não fosse fariam parte de um todo, sem necessidade de haver a possibilidade de serem cumulados. Porém, destaca-se que na maioria dos julgados os magistrados tendem a aumentar o valor da indenização por danos morais, não sendo a condenação bipartida. Ou seja, na prática, usualmente, não se arbitra um valor para os danos morais e outro para os danos estéticos.

### **2.2.16.4 Dano moral indireto**

Além da violação direta a direitos da personalidade de outrem, pode ocorrer o que a doutrina francesa denominou de “dano em ricochete”, aqui também nomeado de “dano moral indireto” ou “dano moral reflexo”. Isso porque o dano perpetrado pode atingir, de maneira reflexa, uma terceira vítima que também teve violado um direito não patrimonial tendo em vista um elo já existente com a vítima, que pode ser

chamada de principal. Entretanto, nosso Código Civil nada dispôs sobre a questão (BRASIL, 2011).

O caso mais comum de dano reflexo é a morte de um ente familiar. O ato ilícito praticado contra o *de cuius* pode atingir seus filhos ou seus genitores, não se limitando à própria vítima. Para tanto, há de se comprovar a existência de vínculo afetivo entre o titular do direito e o sujeito passivo da agressão, bem como a relação entre os dois, sob pena de se criar uma cadeia infinita de pessoa lesionadas e uma gama enorme de indenizações.

### **2.2.17 Transmissibilidade dos danos**

Apesar de ser comum a confusão, há de se distinguir o que foi abordado no item anterior; ou seja, de um lado, a legitimidade para pleitear danos morais decorrentes de um ato praticado diretamente em face da vítima com reflexos nas pessoas vinculadas à ela; e, de outro, com a possibilidade da transmissibilidade *mortis causa* do dano moral, na medida em que são acontecimentos diversos.

Em sede de normatividade, o art. 943 do Código Civil é claro ao dispor que o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. (BRASIL, 2011).

Em que pese a disposição legal, existem três posicionamentos acerca da questão.

O primeiro deles, defendido pela maioria dos doutrinadores de vanguarda, como Wilson de Melo da Silva (1969), consubstancia-se na tese da rejeição completa da transmissibilidade sob o argumento de que o dano moral possui caráter eminentemente subjetivo, o que impossibilita a transferência, seja a que nível for — voluntária ou hereditária —, para terceiros, pois, uma vez que este instituto visa proteger os direitos da personalidade, não haveria como ter ultratividade para além da morte do ofendido, findando-se juntamente com o falecimento da pessoa.

O segundo posicionamento é o que defende a tese da transmissibilidade condicionada à propositura de ação prévia, ou seja, antes do falecimento da vítima propriamente dita, também baseada nos argumentos daqueles que defendem a posição de intransmissibilidade.

O terceiro posicionamento, o mais aceito no meio doutrinário, aceita a transmissibilidade plena do dano moral.

O que ocorre, em verdade, é a transmissão da respectiva indenização, e não do próprio dano moral, o qual, por sua vez, é personalíssimo. Assim, a agressão consumada não se extingue com a morte da vítima e a obrigação de indenizar nasce no mesmo momento em que é perpetrado o ilícito, a omissão ou o abuso de direito contra a vítima, e não no momento da propositura da ação por ela.

### **2.3 A crise da responsabilidade civil no Brasil**

O Direito é uma ciência social, na medida em que qualquer fenômeno jurídico requer o elemento humano como condição *sine qua non*, pois sem ele não ocorrem os eventos que lhe interessam. Ou seja, o fenômeno jurídico depende das relações sociais para o seu surgimento, pois sem haver sociabilidade não existe o próprio Direito. As outras ciências, denominadas “físicas”, ou “naturais”, diferentemente, possuem como objeto eventos científicos cuja fenomenologia resulta de fatores que independem da presença humana para a sua manifestação, porque são indiferentes à ação cultural. Por isso é que muitos doutrinadores invocam a história de Robinson Crusó<sup>7</sup> para ilustrar essa afirmação. Ora, o naufrago Crusó, enquanto sozinho na ilha deserta, não possuía direitos e deveres, sendo livre para praticar seus atos da maneira que melhor lhe conviesse. Assim, foi a partir da convivência humana que se iniciaram os primeiros fenômenos jurídicos, surgindo o Direito, que interpreta a realidade por meio de uma leitura própria: a normativa jurídica. Dessa relação humana é que surgem diversos fenômenos sociais, tais como a política, a moral, a religião e a economia. Entretanto, ao Direito interessa apenas a norma jurídica.

Diz-se que a leitura é normativa porque, vivendo em sociedade, o homem passou a necessitar de normas de conduta, diferentemente de Robinson Crusó. A partir dessas normas de conduta é que são estabelecidos padrões e princípios, os quais fixam valores e dogmas de uma sociedade. Pode-se concluir que o Direito é tido como um fenômeno social. Logo, se determinado evento social apresenta relevância jurídica é possível expressá-lo sob a forma de norma, regra de conduta. Nisso é que reside a constatação da crise da responsabilidade civil enquanto regra de conduta.

---

<sup>7</sup> Marinheiro britânico, único sobrevivente de um naufrágio, o qual é levado pelas águas até uma remota ilha deserta tropical próxima a Trinidad, onde passou 28 anos, até ser resgatado, encontrando canibais, cativos e revoltosos.

Ora, atualmente, não se pode negar o fenômeno social que vem surgindo nas últimas décadas no que se refere à repulsa da sociedade acerca da crescente violação dos direitos individuais e coletivos perpetrados, sem que haja a consequente reprovação estatal na mesma intensidade. Tornou-se notório o aumento vertiginoso dos atos ilícitos cometidos, por diversas razões, as quais serão aqui apontadas. Esse fato pode ser considerado como um fenômeno social, decorrente de relações intersubjetivas, sobre o qual o Direito não pode silenciar-se, sob pena de instalação do caos jurídico e do consequente caos social.

Diante da constatação de que os instrumentos jurídicos tradicionais da responsabilidade civil não são mais aptos ou suficientes para coibir a gama de ilícitos praticados e de que esses mesmos instrumentos também não são mais capazes de impedir que novos ilícitos sejam praticados, chega-se a uma conclusão certa: o instituto da responsabilidade civil encontra-se em crise.

Essa crise não se iniciou no atual século. Em verdade, ela vem crescendo de maneira assustadora há algumas décadas, tanto é que o jurista clássico Caio Mário, dentre outros, ainda no século passado, já previa esse desequilíbrio social hoje latente:

Por um lado, o aumento populacional, o crescimento dos eventos danosos, a multiplicação dos acidentes, o número crescente de ações indenizatórias em que a vítima, sem deixar de ser vítima, sucumbe à míngua de elementos probatórios. Por outro lado, a rigidez e relativa imobilidade do direito positivo levantando obstáculos à realização da justiça ideal e provocando o desequilíbrio. Tudo isto tem levado a jurisprudência e a doutrina a suprimir, ou ao menos atenuar este desequilíbrio que é uma realidade flagrante, que somente a espaços e com certa timidez é enfrentado pelo legislador. (PEREIRA, 1992, p. 261).

De fato, assiste-se a um desequilíbrio nas relações sociais modernas, nas quais prepondera a máxima de “David e Golias”.<sup>8</sup> Ou seja, assiste-se a uma gama de pessoas que são, diária e rotineiramente, lesadas pela tendência do sistema capitalista de o considerado mais forte, ou mais preparado, levar ampla vantagem

---

<sup>8</sup> Apesar de David, filho de Jessé, ser o mais novo de seus sete irmãos, ele foi o escolhido por Deus para ser ungido a novo rei de Israel. Quando o exército filisteu se reuniu para enfrentar os israelitas, um gigante chamado Golias desafiou o exército israelita a enviar um homem para enfrentá-lo. Os israelitas tiveram medo do gigante. David, indignando-se da vergonha que Golias trazia a Deus e a todo exército de Israel com suas palavras, decidiu enfrentá-lo. Foi oferecida uma armadura para David, que, no entanto, recusou, por não ser treinado no combate com armadura e ser de pequena estatura em comparação à armadura. Então, Davi enfrentou Golias munido apenas de uma funda e algumas pedras. Logo no começo da batalha, Davi acertou-lhe a testa com uma pedrada e, caindo Golias, arrancou-lhe a cabeça com sua própria espada.

sobre o mais fraco. Normalmente, de um lado um consumidor de um serviço ou produto e de outro uma pessoa jurídica hipersuficiente.

Mas isso não ocorre somente nas relações consumeristas. De modo geral, verifica-se que mesmo nas relações interpessoais há um crescente desrespeito aos direitos da personalidade e aos fundamentais, o que pode ser traduzido, até mesmo, por “desrespeito ao próximo”.

Atualmente, é latente o crescimento das demandas judiciais envolvendo a prática de atos ilícitos, podendo-se afirmar que se trata da maioria dos casos que abarrotam o Judiciário. As indenizações hoje aplicadas não são capazes de frear esse crescimento, na medida em que não impedem a prática de novos ilícitos. Ao contrário, acabam por estimulá-los diante da clara vantagem do causador do dano, que prefere praticar o ato, seja por motivos pessoais, econômicos ou sociais, e aguardar o pronunciamento judicial, o qual, nos moldes atuais, leva esse agente à conclusão de que o ilícito compensa.

Essa crise é confirmada a partir da leitura das doutrinas mais modernas, como a de Giselda Hironaka:

A crise está indiscutivelmente evidente. A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior e em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por vieses os mais diferentes e disparatados. A desarmonia das decisões, ao se tentar aplicar o direito, é resultado claro da confusão que perdura por força da profusão de soluções *a latere*, que tentam minorar a insuficiência da ordem jurídica em vigor (HIRONAKA, 2005, p. 3).

Francisco Amaral também diagnosticou esta crise:

As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionais repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea (AMARAL, 1988, p. 11).

Ambos os autores foram unânimes em afirmar que o progresso da sociedade é um dos motivos da crise. Realmente, os avanços tecnológicos propiciam uma

gama de violações de direitos e deveres, fazendo com que os detentores da tecnologia abusem cada vez mais do direito. Aliado a isso, o ambiente de indenizações a todo vapor, na maioria das vezes a baixo valor, as decisões judiciais divergentes para casos similares e a aventura de alguns no que se convencionou denominar de “indústria dos danos morais” resultam na desmoralização do dano moral e na desvalorização da dignidade humana e, conseqüentemente, da própria responsabilidade civil.

Vive-se atualmente em uma era de incertezas e de insegurança quanto às relações interpessoais. Esse fenômeno social atinge o Direito enquanto ciência. Essas incertezas e inseguranças decorrem principalmente do fato de que a população brasileira não enxerga na “justiça” uma solução para o enfrentamento das diversas situações de conflito hoje existentes. Essa insegurança jurídica tem como consequência o descrédito do próprio Direito. Pode-se dizer que atualmente um processo judicial envolvendo a responsabilidade civil não significa que a justiça será feita, o que gera cada vez mais a infração aos direitos da personalidade, na medida em que o agressor não se intimida com uma provável condenação. Diante dessas constatações, conclui-se que o Estado não vem cumprindo seu papel enquanto pacificador social, fato ressaltado por Giselda Hironaka:

Se for o caso de observar um horizonte histórico da responsabilidade civil, perceber-se-á que esse instituto contemporâneo é um instituto que hoje, exige uma reformulação e clama por uma concepção ético-política, vale dizer, uma concepção que vá além da sua singela compreensão dogmática ou burocrática. A compensação e a reparação, porque são formas concebidas contemporaneamente para o equilíbrio ou o reequilíbrio da vida social, não podem simplesmente procurar restabelecer um mesmo estado anterior de pouca cidadania. Clama também por uma obrigação e por uma responsabilidade ético-política do Estado, já que este não pode operar apenas como instrumento ou meio de garantia da propriedade, impondo deveres e obrigações a partir da responsabilidade civil, mas pode – ou melhor, deve – fazer da responsabilidade civil um instrumento ou um meio para garantia de direitos sociais e de exercício de direitos civis por todos os cidadãos, inclusive o direito à propriedade (HIRONAKA, 2005, p. 96).

Diante de todas essas explicações, conclui-se que a crise instalada quanto à responsabilidade civil se deve aos moldes do instituto, ou ao seu propósito, qual seja: ressarcir os prejuízos materiais causados e compensar a vítima pelo dano moral que sofreu. Esse ressarcimento/reparação, ou a compensação, não previne que novos ilícitos sejam perpetrados. Ou seja, não inibe que os cidadãos venham a lesar outrem – às vezes, cometendo o mesmo ilícito — e não pune o agressor de

maneira satisfatória socialmente, de forma que a sociedade veja no Poder Judiciário um órgão de proteção a seus direitos. O que ocorre é que, devido a falhas legislativas – formuladas em época em que eram tidas como suficientes – ou à falta de percepção dos operadores do Direito quanto à nova realidade vivenciada, novos ilícitos surgem diuturnamente (ou a reiteração dos já existentes), ferindo direitos constitucionalmente previstos e que serviriam, em tese, para um harmônico convívio social.

Em verdade, o instituto da responsabilidade civil tem como função precípua garantir aos cidadãos o pleno exercício de seus direitos, sejam sociais, políticos, civis ou individuais, com base no fortalecimento dos direitos da personalidade e da dignidade, o que não vem ocorrendo. Ao contrário, diante da iminente falência do instituto, percebe-se o enfraquecimento desses princípios constitucionais.

Constata-se, então, que as mudanças já ocorridas desde a concepção da responsabilidade civil no Brasil não podem ser consideradas suficientes, seja a partir do reconhecimento da responsabilidade objetiva sem o elemento culpa ou a partir do reconhecimento do coletivo como sujeito passivo de lesões. Certo é que o instituto ainda não abarcou os contornos necessários para a solução dos entraves sociais.

Outro fato importante a ser destacado é que atualmente é público e notório que se vive em uma sociedade de consumo, nos mesmos moldes implantados nos Estados Unidos da América. Isso pode ser notado claramente a partir da constatação da diminuição das empresas que prestam serviços de conserto de produtos. Caso um produto se danifique, é mais vantajoso para o consumidor comprar outro, ainda que o produto danificado seja relativamente novo. A cultura mudou. Quando ouvia falar que os norte-americanos despejavam os produtos defeituosos no lixo para adquirir novos, o brasileiro se mostrava incrédulo quanto a essa situação. Entretanto, diante da enorme massificação na produção de novos produtos, vem, pouco a pouco, adotando esse procedimento. Nessa seara, das relações consumeristas é que nasceram os danos eficientes.

### **2.3.1 O dano eficiente**

Os denominados “danos eficientes” podem ser apontados como a maior constatação da crise instalada, na medida em que os empresários se aproveitam da fragilidade dos consumidores e, por que não dizer, da própria justiça, que não é

capaz de impedir que os ilícitos sejam praticados nem de oferecer à sociedade meios de garantir que a prática do ilícito perpetrado pelo empresário não compensa.

O dano eficiente é praticado pelas empresas que fornecem produtos eventualmente nocivos ou danosos em escala massiva. Constatado o defeito do produto, de qualquer natureza, elas optam por dar continuidade à produção, baseando-se no raciocínio do custo e do benefício. Ou seja, optam por continuar a fornecer os produtos e calculam o lucro a ser obtido em contrapartida com as eventuais indenizações a serem pagas. Caso essas indenizações sejam inferiores economicamente aos lucros obtidos, não param a produção.

O professor César Fiúza ilustrou muito bem essa questão:

Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente (FIÚZA, 2010, p. 740).

## 2.4 Novas tendências da responsabilidade civil

Nesta seção, abordam-se as atuais tendências oriundas da sociedade, dos doutrinadores do direito, da jurisprudência e das legislações.

Vale novamente destacar aqui as novidades trazidas pelo Código Civil de 2002, o qual deu um passo à frente no que tange à responsabilidade objetiva ao estabelecer três casos gerais de objetivação (BRASIL, 2011).

No art. 187, o legislador estabeleceu a responsabilidade, aduzindo que comete ato ilícito aquele que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Já no parágrafo único do art. 927, reconheceu expressamente a obrigação de reparar os danos, independentemente da culpa, para os casos nos quais a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos para outrem. Criou, ainda, regra exclusiva para a seara empresarial, ao estabelecer que os empresários individuais e as empresas também respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (BRASIL, 2011).

O legislador também previu casos específicos ou pontuais, de maneira expressa ou implícita, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos pais, tutores, curadores, empregadores e proprietários de estabelecimentos de hospedagem no art. 933; a responsabilidade dos donos e detentores de animais, no art. 936; e a responsabilidade daqueles que habitam prédio pelas coisas dele caírem (BRASIL, 2011).

Percebe-se por meio desses novos dispositivos que o momento em que a sociedade brasileira vive possui mais o cunho social do que individual.

Mas não foi somente no que diz respeito à responsabilidade objetiva que ocorreram as transformações a partir do Código Civil de 2002. Nos casos de responsabilidade subjetiva extracontratual, o antigo art. 159 previa a violação de direitos considerando a negligência ou a imprudência e estabelecia que a verificação da culpa e da responsabilidade seria conjugada com outros dispositivos. Ou seja, determinava que a culpa deveria ser mensurada. Daí porque a doutrina afirmava que para fins de mensuração da indenização o juiz deveria avaliar o grau de culpa, para então decidir o valor.

O atual Código, diferentemente, dispõe no parágrafo único do art. 944 que a indenização será reduzida, equitativamente, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Logo, não se referiu à verificação do grau de culpa, e sim previu, expressamente, a redução da indenização em casos de culpa leve ou levíssima (BRASIL, 2011).

Em que pese ao fato de o art. 944 estabelecer que a indenização deve ser medida tendo em vista a extensão do dano, privilegiando a vítima, foco principal do instituto, para muitos doutrinadores a culpa deve ainda ser mensurada, a fim de avaliar o agente. Ou seja, um ato praticado por culpa grave não pode ter a mesma dimensão daquele ato praticado com culpa leve.

A par da análise da conduta culposa, Maria Celina destaca a importância que se deve dar ao agente que cometeu o ilícito, e não só à vítima, principalmente para fins de punição por uma conduta reprovável: “Haverá, de fato, verdadeira punição se se arbitrar a reparação do dano considerando-se não o que se fez (*rectius*, o que se sofreu) mas *quem* o praticou” (MORAES, 2009, p. 12).

André Gustavo corrobora esse entendimento: “Por esse ângulo, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma

graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta” (ANDRADE, 2009, p. 225).

Ressalte-se que para os doutrinadores que defendem que o elemento culpa deve ser observado para fins da fixação da indenização o art. 944 não se aplica aos danos morais, e sim apenas quanto aos danos materiais, os quais, tradicionalmente, são medidos pela extensão dos danos; ou seja, privilegiam o caráter ressarcitório. Neste diapasão, no entender desses doutrinadores, para fins de compensação, seria necessária a avaliação do grau da culpa, na medida em que os danos extrapatrimoniais não são suscetíveis de mensuração, e por isso são compensados, após a análise da culpa no cometimento do ato ilícito. Esta questão será abordada posteriormente.

Outra constatação é a de que os direitos coletivos, assim como os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, nunca foram tão invocados. Vive-se uma fase em que os cidadãos sentem a necessidade de fazer respeitar seus direitos, prevalecendo uma expressão que pode ser assim traduzida: “exercer seus direitos de cidadania”. De fato, ouve-se esse “ditado” rotineiramente. Interessante é que, certamente, a maioria dos cidadãos não tem o conhecimento de que a palavra *cidadania* encontra-se no inciso II do art. 1º da Constituição, o qual a enumera como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, mas está ciente de que se trata de um “direito” a ser exercido (BRASIL, 2011).

Atualmente, o caráter social das relações está cada vez mais evidente, o que reflete necessariamente na função que a responsabilidade civil desempenha, uma vez que é diretamente relacionada à convivência social. Acredita-se que isso se deve ao fato de que cada vez mais os direitos e princípios constitucionais estão sendo desrespeitados. Destaca-se que a socialização da indenização é neste trabalho vista diversamente da socialização dos danos ou dos riscos, na medida em que a socialização da indenização não significa distribuir os prejuízos com base no aumento dos custos, e sim quer dizer que os danos hoje são cometidos não só de maneira individual, mas também coletivamente, atingindo toda a sociedade, de alguma forma.

Uma sociedade justa, que se trata de um dos objetivos fundamentais da República, conforme dispõe o inciso I do art. 3º da Constituição Federal, é aquela na qual todos os danos são indenizados, ressarcidos ou compensados, pois sem essa

garantia não há que se falar em justiça, principalmente em um sociedade justa, livre e solidária (BRASIL, 2011).

Partindo-se do pressuposto de que o Direito é uma ciência social, nada mais óbvio que as mudanças necessárias estejam inicialmente surgindo no âmbito da sociedade. Pode-se então concluir que a sociedade clama por mudanças paradigmáticas, as quais, à medida que são exigidas, influenciam tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo e, ainda, os operadores, de modo geral.

Diante dessas premissas, constata-se que, diante do desenvolvimento social e da evolução dos direitos da personalidade e fundamentais, garantidos constitucionalmente, exige-se uma mudança conceitual acerca do tema.

A sociedade clama por mudanças no papel desempenhado pela responsabilidade civil. A par dessa repulsa da sociedade a certos tipos de atos danosos, começou-se a surgir o ideal de que cabe ao Estado punir efetivamente os agentes, assim como obstar que as mesmas condutas sejam reiteradamente por eles perpetradas, por meio da função preventiva, ou dissuasória.

Diante de tamanha desordem e cometimento de atos ilícitos, fala-se até mesmo em socialização dos riscos, com base na qual a sociedade como um todo assumiria os riscos por determinadas atividades, cujos custos seriam rateados entre todos. O maior exemplo entre nós trata-se do seguro conhecido por “Dpvat”, por meio do qual todos os proprietários automotivos do país contribuem para um seguro coletivo, no intuito de garantir a todas as vítimas de acidentes uma indenização. Esta, em verdade, é suportada por todos, inclusive por aqueles que nunca se envolveram em qualquer acidente. Essa socialização dos riscos foi assim definida pelo professor e magistrado Sérgio Cavalieri:

Em face do alarmante aumento de acidentes, principalmente no trabalho e no trânsito, tornando, muitas vezes, irreparável o dano, só pelo montante da indenização, mas, também, pela falta de patrimônio da parte que o causou, lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 155-156).

Ultrapassadas as tendências que vêm surgindo na sociedade, passa-se agora a analisar os novos rumos que o instituto vem experimentando, a partir de enfoques atinentes à doutrina, à jurisprudência e à legislação.

É fato que, tendo em vista as lacunas e omissões legislativas, a jurisprudência vem fixando novos parâmetros para a responsabilidade civil. Esse fato é até compreensível, pois para uma mudança legislativa ocorrer é necessário, primeiro, que a sociedade clame por mudanças, as quais são paulatinamente aceitas pelo Poder Judiciário, com base em decisões judiciais, para então a questão chegar ao Congresso Nacional, ao qual incumbe efetivar essa mudança aclamada, mediante a promulgação de novas disposições legais. É fato também que, a par da exigência da sociedade, os doutrinadores começam a escrever sobre as novas tendências e, por que não dizer, acerca dos “clamores sociais”.

Entretanto, o caminho a ser percorrido até a mudança necessária é longo, tendo sido assim analisado por Maria Celina:

Observe-se, antes do mais, que há defasagens temporais entre a nova consciência social, ou coletiva, e o comportamento que dela é resultante, entre os valores apregoados e a prática corrente, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado (MORAES, 2009, p. 73).

No que tange às constatações doutrinárias acerca do assunto, pode-se perceber que diversas obras referentes ao tema “Responsabilidade civil” estão cada vez mais sendo editadas. A partir da análise de diversas delas, percebe-se que a maioria dos autores é unânime em afirmar que a responsabilidade civil encontra-se em franca mudança de paradigma.

Na obra *Atualidades*, podem-se encontrar alguns artigos sobre o tema, sendo interessante destacar dois deles.

O primeiro, escrito pelo professor Nelson Rosenvald, relembra as penas privadas provenientes da Itália e traz um comparativo entre as funções por ela exercidas no passado e as exigências sociais atuais:

O fundamental da pena privada é reagir contra a perspectiva em voga que invariavelmente remete à pessoa da vítima e ao dano, abstraindo-se do agente, da culpa e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. A pena privada atua como uma resposta a esta lacuna na teoria da responsabilidade civil. Em certos domínios ela se faz necessária, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. Mais do que reparação, cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do estado Democrático de Direito (ROSENVALD, 2009, p. 629).

O segundo artigo, que também analisa as novas tendências do instituto, escrito pelo professor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, refere-se à socialização do instituto e da própria indenização:

A tão pretendida socialização da teoria da responsabilidade civil, antes focada na análise subjetiva da conduta do ofensor, teria horizontes mais amplos do que mera atribuição do dever de ressarcir àqueles que, mesmo agindo licitamente, criaram riscos para os direitos e interesses alheios. De fato, a responsabilidade civil encontraria um novo fundamento ético, consistente na promoção de condutas socialmente desejáveis pela rigorosa punição aos que violassem padrões comportamentais (SAMPAIO JÚNIOR, 2010, p. 75).

Mas não é só no Estado de Minas Gerais que os doutrinadores estão a pautar os novos rumos da responsabilidade civil. Pode-se ainda destacar o magistrado e professor do Rio Grande do Sul Eugênio Facchini Neto:

Nas últimas décadas, porém, percebe-se que esse modelo misto tornou-se mais complexo com o surgimento de um outro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletiva (modelo socializado, também chamado de coletivizado ou securizado), fundada na idéia da solidariedade. Busca-se a socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, de modo a garantir uma assistência econômica a qualquer vítima de um acidente (FACCHINI NETO, 2003, p. 26).

Ainda sobre as constatações e as propostas doutrinárias, não se pode deixar de invocar duas autoras contemporâneas que muito bem analisaram a responsabilidade civil sob uma nova ótica.

Maria Celina (2009) defende que o foco atual da responsabilidade é a reparabilidade do dano: “Após a promulgação da Constituição de 1988, os parâmetros legais antes utilizados, por analogia, para a solução dos problemas acima indicados tiveram que ser abandonados em favor da ampla reparação do dano moral”. Essa integral reparabilidade há de ser conjugada com a proteção à vítima do dano, já que, conforme dito, o foco atual do instituto situa-se nela:

Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços (MORAES, 2009, p. 12).

A mesma autora sustenta toda a sua obra em um princípio básico, para então sustentar a necessidade da mudança. Trata-se do princípio constitucional da dignidade humana, elevado como fundamento da República Federativa no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Este princípio há de ser visto como pilar básico de todas as relações interpessoais, diante da importância da figura da vítima. Trata-se de um direito fundamental de todo e qualquer cidadão brasileiro.

Antes de se referir à fundamentação de Maria Celina no sentido de que o dano moral é uma lesão à dignidade humana, não há como fugir dos clássicos ensinamentos pretéritos de Immanuel Kant acerca da dignidade. Para ele, o homem é um valor absoluto por natureza, fim em si mesmo, na medida em que é dotado de razão, e sua autonomia racional é a raiz de sua dignidade, pois é ela que faz dele um fim em si mesmo. Em sua obra *Os Pensadores*, Kant II, no texto denominado “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, faz um comparativo entre preço e dignidade:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 1980, p. 140).

Nesta mesma obra e na mesma página, Kant define novamente a dignidade, desta feita mais detidamente:

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (Affectio-preis); aquilo porém que constituiu a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade (KANT, 1980, p. 140).

Retornando ao pensamento de Maria Celina (2009), a doutrinadora aduz que a dignidade humana é princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, o qual instituiria a cláusula geral de tutela da personalidade humana. Para ela, o fundamento da dignidade humana se manifesta por meio de outros princípios, quais sejam: o direito à igualdade, considerado por ela como substancial, ou seja, apoiado na necessidade de tratar as pessoas desiguais em conformidade com a sua desigualdade, a partir do respeito pela diferença; a tutela da integridade psicofísica,

vista como um bem-estar psicofísico e social, em um amplo conceito de direito à saúde; o direito à liberdade, entendido como a não interferência nas escolhas individuais; e o direto-dever de solidariedade social, mediante o reconhecimento do outro como sujeito de direitos.

Finalizando seus argumentos, ela sustenta que essa dignidade humana é a base de toda e qualquer ocorrência de danos morais:

O dano moral tem como causa injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através de uma cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana” (MORAES, 2009, p. 37) (grifos nosso).

Na obra *Responsabilidade pressuposta*, Giselda Hironaka vai além das tradicionais doutrinas e, até mesmo, além das mais modernas. Com muita propriedade, ela defende a tese de que a responsabilidade é anterior ao dano causado. Ou seja, invoca a ideia de que o dano já consumado apenas concretiza uma responsabilidade que já existia. A responsabilidade é anterior ao fato danoso. Por isso, ela a denominou de “responsabilidade pressuposta”. De acordo com suas ideias, a legislação deveria prever não só os casos nos quais o agente pode ser responsabilizado e os danos configurados, como também um fato, especificando-o legislativamente. Ou seja, há que se definir uma cláusula geral, fundante, a qual se compara ao dever de não lesar outrem. É o que se extrai de suas conclusões. Essa obra que certamente marcará o instituto em comento, podendo ser considerada pioneira em seus argumentos:

Assim construída, a regra idealizada portaria o atributo equivalente a um fundamento geral da responsabilidade civil contemporânea, de sorte a se instalar não apenas além da concepção de culpa, mas também da própria concepção de risco, tal como consagrada até agora, na doutrina nacional e alienígena. Instalar-se-ia – uma tal regra – como princípio fundante de caráter geral da responsabilidade civil, independentemente de culpa de quem quer que seja, cuja auto-sustentabilidade se daria apenas pela efetiva produção de um dano injusto, em desfavor da vítima, ancorando-se para além da pontuação legal final almejada, a concretização dos paradigmas do justo e do equânime (HIRONAKA, 2005, p. 354).

A autora se utiliza do direito comparado — no caso, a legislação italiana — para chegar à conclusão que a responsabilidade é que é pressuposta, e não a culpa:

O evoluir jurisprudencial, então, cada vez mais, passa a registrar decisões que se expressam em termos de presunção de responsabilidade e não presunção de culpa. Com se uma espécie de responsabilidade pressuposta. Nem fundada na culpa, nem derivada do risco. Objetivada, mas com precauções” (HIRONAKA, 2005, p. 295).

Foi nesta linha de raciocínio que surgiram as funções preventiva e dissuasória a serem desempenhas pelo instituto da responsabilidade civil. Os modernos doutrinadores, quase em sua totalidade, são unânimes em afirmar sua necessidade.

Ora, não se discute o necessário caráter compensatório dos danos morais, sendo unânime a doutrina nesse aspecto, na medida em que a vítima há de ser reparada pelos danos que sofreu. Sendo estes danos extrapatrimoniais, nada mais justo do que compensá-la por ter tido seus direitos de personalidade infringidos.

Entretanto, vem surgindo entre os doutrinadores renomados a necessidade de atribuir caráter pedagógico a essa indenização. Isso se deve ao fato de que também há de analisar a figura do ofensor, pois se isso não ocorrer é o mesmo que dizer a ele que, desde que compense a vítima ele estaria livre de qualquer outro sancionamento estatal. Partindo da análise da figura desse agressor, muitos doutrinadores passaram a dissertar acerca da necessidade de uma efetiva punição pelo ato praticado, principalmente naqueles praticados por culpa grave, assim como uma efetiva prevenção para que esse mesmo agente (ou outros) não venha a praticar novos ilícitos ou reiterar aqueles já perpetrados. São as denominadas “funções preventivas”, “funções dissuasórias” e “funções punitivas”.

Prevenir a conduta ilícita significaria não necessitar de reparar o dano. Com base em uma efetiva proteção legislativa, tem-se que os danos seriam produzidos em menor escala, o que certamente deixaria de inflar o Poder Judiciário com ações de cunho indenizatório. Mas impingir um caráter preventivo não significa que a tradicional função da responsabilidade desapareceria, conforme bem assentou André Gustavo, que, inclusive, ressaltou ser mais vantajoso para a vítima:

Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, de um lado, que a prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, e, de outro, que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem, como os direitos da personalidade (ANDRADE, 2009, p. 227).

O caráter punitivo da indenização é ressaltado por doutrinadores tanto contemporâneos quanto de vanguarda.

O principal argumento daqueles que defendem a ideia de punição apóia-se no fato de que quando se impõe uma sanção pecuniária ao agente não relacionada diretamente com a extensão do dano (art. 944 do Código Civil) o magistrado estará demonstrando para o ofensor e para a sociedade que a conduta praticada é inaceitável e deve ser punida exemplarmente. Ou seja, trata-se de uma retribuição pelo mal causado.

No compêndio organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Eugênio Fachinni Neto defende a ideia de que a punição sempre foi um dos objetivos da indenização:

“Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma hostilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a punir o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização (FACHINNI NETO, 2006, p. 183).

Autores mais tradicionais, como Caio Mário, também sustentam essa tese de punibilidade:

“Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar (PEREIRA, 1992, p. 66).

Ainda acerca das funções de punição e de prevenção, corroborando-as, passa-se agora a enumerar casos recentes envolvendo danos morais nos quais o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Superior Tribunal de Justiça admitiram o caráter pedagógico da indenização, ressaltando as funções punitiva e preventiva. Certamente, existem hoje diversos julgados neste sentido, mas o trabalho se limitou a analisar apenas esses precedentes:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - INUNDAÇÃO - NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA - DANO MORAL PRESUMIDO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - MAJORAÇÃO. - A reparação moral, embora não implique na reposição valorativa de uma perda, haverá de ser suficientemente expressiva, a fim de compensar a vítima pelos sofrimentos e transtornos sofridos, e, ao mesmo tempo, penalizar o causador do dano, ao visio de

evitar a repetição de conduta do mesmo gênero (teoria do desestímulo), devendo, ainda, levar em conta o grau da culpa e a capacidade econômica do ofensor (MINAS GERAIS, 2010).

EMENTA: INDENIZAÇÃO - VEICULAÇÃO DA IMAGEM DE FAMILIARES FALECIDOS EM JORNAL DE CAMPANHA ELEITORAL - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - DANO MORAL - ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL - COMPROVAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. A Constituição Federal elencou no rol dos direitos fundamentais a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da honra e imagem das pessoas (inciso X, art. 5º), vinculada à comprovação dos requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil subjetiva, contidos no art.186 do CC/2002. A fixação do valor da indenização tem por escopo desestimular a repetição de eventos danosos, em processo de dissuasão ou desmotivação do ofensor, assumindo, em acréscimo, caráter punitivo, sem gerar enriquecimento ilícito, doutro lado (MINAS GERAIS, 2009).

Por fim, ressalte-se que no julgado abaixo o STJ fundamentou sua decisão a partir da “punição do ofensor, para que não volte a reincidir”; ou seja, punindo-o e prevenindo para que não mais pratique o ato:

RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos seis demandantes que se apresenta razoável diante das circunstâncias dos autos. 3. Agravo regimental não provido (BRASÍLIA, 2010).

Nesta última parte deste tópico, abordam-se as propostas legislativas que surgiram a partir da década de 1990, no sentido de atribuir um caráter pedagógico à responsabilidade civil. A primeira ocorreu quando o projeto de lei que instituía o Código de Defesa do Consumidor foi levado para apreciação, tendo sido vetado o art. 16, que 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 de até um milhão de vezes o Bônus do tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, bem como a situação econômica do responsável”. Tal veto ocorreu sob o argumento de inadequação à sistemática jurídica e de que o art. 12 do Código já dispunha acerca da reparação ao consumidor (BRASIL, 1999).

Outra proposta legislativa, de autoria do deputado federal Ricardo Fiúza, foi o Projeto de Lei 6.960/02, que propunha a inserção de um parágrafo no art. 944 do Código Civil. Para o deputado, a legislação deveria desestimular o lesante a praticar ato que ensejasse danos morais: “§2º: A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002).

Outra tentativa de incluir na legislação o caráter pedagógico da indenização foi formulada pelo senador Renato Casagrande, consubstanciada no Projeto de Lei 413/2007, que dispõe acerca das funções compensatórias, preventiva e punitiva, encontrando-se atualmente na fase de análises pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007).

Visualizando a necessidade de conferir tratamento mais rígido por parte do ordenamento jurídico aos atos ilícitos que desaguem na configuração de danos morais, existe também o Projeto de Lei 2.497/2007, de autoria do deputado Vital do Rêgo Filho, do PMDB/PB, que determina o acréscimo do parágrafo único ao art. 6º da Lei 8.078/90, com o seguinte texto: “A fixação do valor devido a título de efetiva reparação de danos morais atenderá, cumulativamente, à função punitiva e à função compensatória da indenização” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007).

#### **2.4.1 Função social da indenização**

As mudanças que a ciência do Direito sofrem demandam um longo caminho antes de ocorrerem. Primeiro, a sociedade muda seus conceitos paulatinamente, para então se firmarem os novos rumos e as novas tendências. Posteriormente, cabe aos operadores do Direito, incluídos os iniciantes universitários e os doutrinadores e professores, começarem a deliberar acerca desses novos rumos, para que então o Poder Judiciário inicie uma mudança no que diz respeito às decisões, até que formem a jurisprudência. Só depois é que essas mudanças atingem o Congresso Nacional, quando o Poder Legislativo analisará essas tendências, propondo projetos de leis. Após longas discussões é que são aprovadas as mudanças legislativas. Normalmente, esses são os caminhos que percorrem as mudanças de paradigma no Direito. Foi assim que ocorreram algumas mudanças nas últimas décadas. Podem-se citar dois exemplos que se encaixaram

perfeitamente nesta sistemática e que nos dias atuais possuem caráter mais social do que individual, assim como vem ocorrendo com a responsabilidade civil.

O primeiro deles é o direito de propriedade. Antes da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, vigente o Código Civil de 1916, vigorava a máxima de que o proprietário poderia usar, gozar e dispor de sua propriedade da melhor maneira que lhe aprouvesse, dando a destinação que entendia ser mais vantajoso a ele. Atualmente, diante da difusão da função social da propriedade, amplamente difundida pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, o proprietário não tem mais o direito de usar, gozar e usufruir de sua propriedade da maneira que desejar. Ela tem que atender à sua função social. As terras improdutivas perderam o lugar para os assentamentos agrícolas. Após a promulgação da Constituição, advieram diversas legislações, como: a Lei 11.481/2007, que trata dos “Direitos Reais Sociais” (BRASIL, 2007); a Medida Provisória 2.220/2001 (BRASIL, 2001), que dispõe sobre a concessão de uso especial de imóvel público; o Plano Diretor dos Municípios; e o Estatuto das Cidades. Todos esses diplomas instituem que a propriedade deve atender às suas funções sociais, não cabendo mais ao proprietário o direito de utilizar sua terra de acordo com seus objetivos individuais.

Outra mudança a ser destacada trata-se do direito de empresa. Isso porque vigorava a máxima de que “sociedade e sócio não se confundem”. Atualmente, o Código Civil dedicou uma parte especial para regular as relações jurídicas decorrentes de atividade econômica realizadas entre pessoas de direito privado. Passou-se a invocar a função social que a empresa deve desempenhar, observando a solidariedade (CF/88, inciso I do art. 3º), promovendo a justiça social (CF/88, art. 170, *caput*), a livre iniciativa (CF/88, art. 170, *caput* e inciso IV do art. 1º), a busca de pleno emprego (CF/88, inciso VIII do art. 170), a redução das desigualdades sociais (CF/88, inciso VII do art. 170), o valor social do trabalho (CF/88, inciso IV do art. 1º), a dignidade da pessoa humana (CF/88, inciso III do art. 1º) e os valores ambientais (CDC, inciso XIV do art. 51), dentre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Tudo isso culminou com o advento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, primeiramente, por meio do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011) e, posteriormente, do próprio Código Civil, por intermédio de seu art. 50 (BRASIL, 2011). Ou seja, não prevalece mais o ditado

“sociedade e sócio não se confundem”, pelo que os sócios poderão responder, individualmente, pelas dívidas societárias, com respaldo no patrimônio particular.

Com base nesse raciocínio, tendo em vista as mudanças aclamadas pela sociedade, que exige a mudança de comportamento por parte dos agentes causadores de danos, surge a função social da indenização. Isso porque a sociedade não aceita mais que o causador do dano fique incólume, assim como exige que a indenização a ser por ele adimplida sirva de exemplo para que outras pessoas não pratiquem o mesmo ato, assim como também clama por uma punição mais severa pelo cometimento do ato ilícito.

Essa função social da indenização só ocorrerá quando servir de desestímulo à prática de novos ilícitos, bem como quando ela punir o causador. Só assim a indenização poderá cumprir sua função social.

### 3 OS PUNITIVES DAMAGES

Este capítulo aborda o surgimento dos *punitive damages* na Inglaterra e seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América.

#### 3.1 A família da *Common Law*

“A regra de direito da Common Law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro” (RENÉ, 1986, p. 19).

“*Common Law*” é assim definida pelo *Black’s Law Dictionary*, dicionário que contém todos os termos e vocábulos utilizados no Direito Anglo-Saxão<sup>9</sup>:

Historicamente, a Common Law é feita de forma bastante diferente do código continental. O código precede aos julgamentos; a Common Law segue-se a eles. O código articula em capítulos, seções e parágrafos, e coloca as regras de acordo com as decisões proferidas. A Common Law, de outro lado, é inarticulada até que seja expressa em um julgamento. Onde o código governa, cabe ao juiz o dever de interpretar a lei segundo as palavras que o código utiliza. Onde a Common Law governa, o juiz, com base no que agora é o passado esquecido, decidia o caso de acordo com a moral e os costumes, e os juízes seguintes seguiam sua decisão. Eles não faziam isso a partir da elaboração de palavras do seu julgamento. Eles procuravam a razão que os levaram a decidir o caso da maneira que o fizeram, a *ratio decidendi*, como isso veio a ser chamado. Isso era o princípio do caso, não as palavras, que constituíram a Common Law. Então, historicamente, a Common Law é muito menos amarrada do que o código. (BLACK’S, 1979, p. 313) (tradução nossa).

Tem-se que essa é uma das principais diferenças entre o Direito pátrio e o Direito Inglês, que nasceu ligado ao poder real, no intuito de estabelecer a paz no reino.

---

<sup>9</sup> The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions”. Na mesma página o dicionário assim caracteriza o sistema: "Historically, [the common law] is made quite differently from the Continental code. The code precedes judgments; the common law follows them. The code articulates in chapters, sections, and paragraphs the rules in accordance with which judgments are given. The common law on the other hand is inarticulate until it is expressed in judgment. Where the code governs, it is the judge's duty to ascertain the law from the words which the code uses. Where the common law governs, the judge, in what is now the forgotten past, decided the case in accordance with morality and custom and later judges followed his decision. They did not do so by construing the words of his judgment. They looked for the reason which had made him decide the case the way he did, the *ratio decidendi* as it came to be called. Thus it was the principle of the case, not the words, which went into the common law. So historically the common law is much less fettering than a code.

Outra característica peculiar é que ele se assenta em decisões judiciais, denominadas de “precedentes”. Ou seja, o Direito é criado pelos juízes, e pelo Poder Legislativo, sendo que esses precedentes vinculam todos os julgamentos posteriores. Porém, é obrigatório apenas em se tratando de decisões proferidas por um tribunal de apelação em relação a um órgão judicial de primeiro grau. Essa regra é denominada de *doctrine of precedents* – regra do precedente (tradução nossa) — , ou *stare decisis*, o que significa dizer que deve-se manter fidelidade às decisões. Por isso se diz que o sistema é pragmático, buscando-se um valor prático para as soluções.

Daí insere-se que nesse sistema o julgador busca a solução dos conflitos com base na razão, extraída dos fatos e das experiências vivenciadas, ao contrário do Direito pátrio, que se baseia em regras abstratas e preestabelecidas. Isso quer dizer que o magistrado utiliza-se de uma lógica, tentando fundamentar a decisão em argumentações racionais, apoiado em um raciocínio indutivo, e não dedutivo.

Os precedentes utilizados, denominados de *leading cases*, constituem-se nos precedentes mais importantes que regularam pela primeira vez um conflito prático.

Assim como ocorre no Brasil, o instituto da responsabilidade civil, chamado de *law of torts* ou, ainda, *tort law*, é um dos ramos da *Common Law*. Da mesma forma, pode ocorrer em situações que envolvem tanto uma relação contratual quanto uma relação extracontratual. O ato ilícito é denominado de *tort*, diverso do inadimplemento contratual, mas o vocábulo também pode ser utilizado em casos de descumprimento contratual.

Caroline Vaz Salim ressalta o caráter de punição (*punishment*) e de dissuasão, ou prevenção (*deterrent*), do sistema da *tort law* , o que também pode ser verificado nas funções próprias dos *punitive damages*:

Já a Tort Law (responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos) objetiva, resumidamente, proteger interesses pessoais e/ou sociais, restabelecendo a(s) pessoa(s), vítima(s) de determinado prejuízo, ao *status quo ante* (*compensatory damages*), além de punir o responsável (pessoa física ou jurídica) pela prática do dano causado a essa vítima e dissuadir este e a sociedade em geral de praticar semelhante conduta (*punitive damages* e *exemplary damages*) (VAZ, 2009, p. 78).

O dano propriamente dito é denominado de *damage*. Para a indenização a ser paga em casos envolvendo a responsabilidade civil, utiliza-se a palavra no plural, ou seja, *damages*. Essa distinção é de fundamental importância para a definição da

nomenclatura do instituto entre nós. Isso porque comumente os doutrinadores brasileiros se confundem ao definir ou traduzir o significado do instituto. Ora, quando os operadores do Direito Anglo-Saxão utilizam a palavra no plural é porque ela indica a própria indenização. Logo, sendo a palavra *punitive* traduzida como punitivo(a), pode-se concluir que a melhor tradução para a língua pátria é a de “indenização punitiva”, e não danos punitivos, ou *punitive damage* (no singular). Outra denominação interessante foi aquela utilizada por Caroline Vaz, promotora de Justiça do Rio Grande do Sul, que muito contribuiu para a análise da aplicabilidade do instituto no Brasil, utilizando-se da expressão “prestação punitiva”, a qual também é viável (VAZ, 2009).

Segundo o dicionário *Black's Law*, *punitive damages*<sup>10</sup> podem ser classificados como:

Indenização atribuída, adicionalmente aos danos materiais quando o réu agiu com malícia, imprudência, ou dolo. Especificamente, danos avaliados no intuito de punir o transgressor ou de fazer servir de um exemplo para os outros; Indenização punitiva, destinada a punir de forma a desencorajar conduta censurável, geralmente recuperáveis mediante quebra de contrato. A Suprema Corte tem adotado três diretrizes que ajudam a determinar quando os danos violam o devido processo constitucional: (1) a punição da censurabilidade de uma; (2) a razoabilidade da relação entre o dano e a indenização; e (3) a diferença entre a indenização e as sanções civis autorizadas em casos comparáveis (BLACK'S, 1979, p. 265) (tradução nossa).

Outras denominações podem ser também utilizadas, como: “*exemplary damages*”, comumente utilizado; “*vindictive damages*”; “*smart damage*”; “*punitory damages*”; “*added damages*”, e, até mesmo, “*smart money*”.

Os *punitive damages* foram assim definidos por André Gustavo:

Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria (ANDRADE, 2009, p. 186).

<sup>10</sup> *Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; specif., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others. • Punitive damages, which are intended to punish and thereby deter blameworthy conduct, are generally not recoverable for breach of contract. The Supreme Court has held that three guidelines help determine whether a punitive-damages award violates constitutional due process: (1) the reprehensibility of the conduct being punished; (2) the reasonableness of the relationship between the harm and the award; and (3) the difference between the award and the civil penalties authorized in comparable cases. BMW of North America, Inc. v. Gore*

Os *punitive damages*, conforme se verá no tópico seguinte, são aplicados principalmente em casos envolvendo danos morais, sendo que esses possuem alguns vocábulos designativos, tais como *personal tort*<sup>11</sup> e *personal injury*, podendo ser usada ainda a expressão *suffering*: “uma ofensa envolvendo um dano a uma pessoa, em sua reputação ou em seus sentimentos, diversos de um prejuízo ou dano à própria propriedade” (BLACK´S, 1979, p. 365) (tradução nossa).

Vale aqui enumerar listar outros tipos de indenização deferidas no sistema da *Common Law* que não os *punitive damages*:

- *Compensatory damages* ou *actual damages*, são aqueles que possuem a função de compensar a vítima. São voltados à estipulação de um valor a partir da atenção destinada ao ofendido. Nestes casos não importa a análise do sujeito ativo. É referente ao dano material, com o estabelecimento do *status quo* patrimonial do agredido.

- *Nominal damages* — que correspondem a um valor pago meramente a título simbólico destinado a danos que não venham a causar perdas substanciais.

- *General damages*, ou *direct damages* ou, ainda, *necessary damages* — são diretamente relacionados aos danos desprovidos de valoração econômica. Não necessitam de comprovação, bastando apenas a demonstração da existência do comportamento ilícito, ou seja, do nexo causal.

- *Aggravated damages* — consistem em um acréscimo agregado como forma de compensar a vítima. Havendo intenso sofrimento psicológico por parte do lesado, mera compensação não seria capaz de atingir a amplitude necessária, o que autoriza a aplicação desta outra forma de indenização com caráter meramente compensatório. Vale salientar que ela não se confunde com os *exemplary damages* (sinônimo dos *punitive damages*), até mesmo em razão da sua natureza de compensação. Ela seria um aditivo em razão do agravo moral.

### 3.2 A origem dos *punitive damages*

Não se tratará aqui das mais remotas origens do instituto dos *punitive damages* (ou *exemplary damages*). Indica-se que ele foi utilizado com essa expressão apenas no ano de 1763, na Inglaterra, em um caso que assumiu

---

<sup>11</sup> A tort involving or consisting in an injury to one's person, reputation, or feelings, as distinguished from an injury or damage to real or personal property.

repercussão no reino daquela época, o qual pode ser considerado como *leading case* do instituto.

O caso ficou conhecido como *Wilkes versus Wood*. Ocorreu que o periódico semanal da revista inglesa *The North Briton* publicou artigo considerado ofensivo contra o rei George III e sua cúpula. Porém, o artigo não possuía autoria pre-determinada. O conteúdo reprovável fez com que o monarca expedisse mandado genérico – já que não havia autoria definida – , determinando a prisão de qualquer pessoa que fosse considerada suspeita de envolvimento na famigerada publicação. Em obediência à determinação real, foram detidas 49 pessoas, entre as quais John Wilkes, considerado opositor e autor do artigo. Sob a supervisão do subsecretário de Estado, o senhor Wood, Wilkes teve sua casa invadida e revirada por emissários da realeza, tendo seus livros confiscados. Por isso, o senhor Wilkes intentou a ação denominada “*action for trespass*” contra Mr. Wood, pleiteando a aplicação dos *exemplary damages*, sob o fundamento de que a condenação em valores reduzidos não seria plausível, na medida em que não impediria a prática de novas condutas semelhantes.

Logo após esses acontecimentos, ocorreu um precedente que também envolveu o periódico do senhor Wilkes, ficando intitulado de “*Huckle vs. Money*”. O autor da demanda, um tipógrafo, veio a sofrer restrições da Corte Inglesa em razão da suspeita de ter participado juntamente com Wilkes na publicação. Em seu pleito ele também requereu a aplicação dos *exemplary damages*. Ao ter seu pedido atendido, foi concedido como indenização um montante relativo a trezentas vezes o salário semanal recebido do seu empregador. Nesse caso, havia algumas peculiaridades que deram margem à apelação do réu, sob o argumento de que o autor ficou detido por um curto espaço de tempo, não havendo durante este período qualquer tratamento desumano ou humilhante, o que tornava a indenização arbitrada excessivamente alta. Porém, apesar dessas alegações, o recurso foi rejeitado pelo *Lord Chief Justice Carmden*, mantendo íntegra a decisão do júri, já que ele considerou um ataque de extrema ousadia a invasão domiciliar a partir de um mandado genérico para procurar evidências de uma acusação inconsistente.

Por último, destaca-se outro caso, ou *case*, que ganhou repercussão no Reino Unido, esse já mais recente, ocorrido em 1964, referente a uma relação trabalhista, denominado de *Rooks versus Barnard*. Um trabalhador foi exonerado pela empregadora British Airways logo após ter se desligado do respectivo sindicato

da classe, o qual havia ameaçado de realizar uma greve entre os funcionários. Este trabalhador ajuizou uma ação contra o próprio sindicato, acusando-o de ter induzido a empresa a exonerá-lo, tendo obtido êxito. Desde então, os ingleses utilizam esse caso como o *leading case* no que se refere aos *aggravated damages*, os quais, conforme já explicitado, destinam-se a compensar um dano relativo aos sofrimentos da vítima apenas compensando-o, sem, contudo, possuir o caráter punitivo.

### 3.3 Os *punitive damages* no Direito norte-americano

Diante da imigração dos europeus, principalmente ingleses, foram levados para as terras americanas os mesmos princípios; ou seja, a valorização dos costumes como fonte de inspiração comportamental para a análise dos casos concretos, tendo os Estados Unidos da América também adotado o sistema da *Common Law*.

Atualmente, o direito privado dos Estados Unidos da América é dividido em seis capítulos, ou títulos, quais sejam: os contratos, os atos ilícitos (nos quais se incluem os *punitive damages*), propriedade, direito de família, direito comercial e empresas comerciais.

A matéria *torts* é dividida em três grandes grupos, que podem sofrer variações de um estado para outro: *intentional torts*, aplicado aos casos de responsabilidade civil derivada de atos ilícitos intencionais; *negligence*, referente aos atos negligentes do agente; e *strict liability*, que se aplica a caso de responsabilidade objetiva, para condutas nas atividades consideradas de risco.

Não existe lei federal que imponha critérios gerais para aplicação dos *punitive damages* na América do Norte. Os diversos estados, por meio dos *statutes*<sup>12</sup>, adotam posturas diferentes, sendo que alguns deles estabelecem sua aplicabilidade e outros a proíbem. Existem cinquenta estados, sendo que o instituto da indenização punitiva não é aplicado em cinco deles: Louisiana, Massachussets, Michigan, Nebraska e Washington.

Em que pese a não haver legislação federal acerca da matéria, a Suprema Corte é considerada a última instância de decisão quanto à aplicação do instituto e à fixação de valores. Porém, antes de o processo chegar à Suprema Corte a

---

<sup>12</sup> Trata-se lei aprovada por um órgão legislativo; específico, legislação aprovada por qualquer órgão legislativo, incluindo legisladores, órgãos de administração e tribunais municipais.

indenização pode ser revista, primeiramente, pelo juiz, que tem o poder de rever a posição do júri e, após, pelo Tribunal estadual, que pode rever a decisão do juiz.

Existe um texto doutrinário, escrito por professores, advogados e juizes, todos integrantes do *American Law Institute*, denominado “*Restatement*”, que serve de fonte para todos os aplicadores do Direito. O *Restatement (Second) of torts*, §908 (1) (1979)<sup>13</sup>, confirma sua finalidade: “*Punitive damages* são indenização, diferente dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para o punir por sua conduta ultrajante e para o dissuadir e a outros de praticar conduta semelhante no futuro (BLACK´S, 1979, p. 412) (tradução nossa).

Quanto aos vocábulos e expressões utilizadas, tem-se que são os mesmos do Direito inglês. Porém, foram incorporadas algumas peculiaridades no que se refere à aplicação dos *punitive damages*.

Não obstante suas peculiaridades, possuem a mesma finalidade do Direito inglês: “O propósito geral dos *punitive damages* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros” (VAZ, 2009, p. 187).

Apesar de se ter notícias acerca dos *punitive damages* datadas de 1784, no caso conhecido como *Genay vs. Norris*, somente a partir da segunda metade do século XX é que se tornaram uma forte arma contra os abusos que atingiam a coletividade. Desde então, vem ocorrendo um aumento vertiginoso de demandas coletivas de reparação dos denominados *torts*, comprovando a popularização do instituto nesse País. Foi no ordenamento jurídico americano que os *punitive damages* ganharam grande impulso. Durante esta época, a amplitude da sua aplicação passou a ser muito maior do que aquela destinada pelo sistema jurídico inglês. Além dos casos identificados a partir de uma negligência grosseira, sua aplicação também foi estendida ao âmbito da responsabilidade civil objetiva, o que atingiu diretamente as relações das grandes empresas com os seus consumidores. Também foi ampliada a sua incidência para o campo do direito contratual.

---

<sup>13</sup> Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.

Fato importante a destacar é que, de acordo com a sétima emenda<sup>14</sup> à Constituição Federal dos Estados Unidos da América: “nas causas que o valor que se controverte superar vinte dólares, o direito a um julgamento realizado por um júri será preservado, e nenhum acontecimento conhecido pelo júri poderá de forma alguma ser reexaminado por qualquer corte dos Estados Unidos, a não ser de acordo com as normas da *Common Law*” (SÉTIMA EMENDA, 1980, p. 34) (tradução nossa). Isso significa que na totalidade das ações envolvendo qualquer tipo de *tort* o júri será convocado e dará seu veredito.

A professora Maria Celina enumerou, de modo geral, aqueles que ela considera ser os principais pontos basilares que impõem a aplicação da indenização punitiva. Todavia, conforme se verá, existem orientações provenientes dos *Restatments* que devem ser observadas:

De uma forma geral, são fatores que precisam ser considerados no processo de imposição e quantificação dos *punitive damages*: o nexó entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido; o grau de culpa do ofensor; a eventual prática anterior de condutas equivalentes; a lucratividade da conduta ofensiva – caso em que o valor dos danos punitivos deverá ser superior ao lucro obtido; a situação financeira do réu; o valor das custas judiciais, as quais devem estar abrangidas pelo valor da condenação, a fim de que as vítimas sejam estimuladas a recorrer à Justiça; a consideração das sanções penais eventualmente já aplicadas, de forma que a indenização seja correspondentemente reduzida (MORAES, 2009, p. 62).

Tendo em vista que a Suprema Corte norte-americana é a última instância para a aplicação ou não dos *punitive damages*, bem como para a fixação da condenação, foi a partir do caso denominado *BMW of North America vs. Gore* que o órgão acabou por fixar diretrizes que servem de parâmetro para todos os estados. Nesse precedente, o comprador de um carro da marca BMW descobriu que seu veículo havia sido repintado, tendo restado comprovado que a empresa possuía a política de calcular os custos da repintura (nos casos de danos no transporte), comparando-os com as eventuais condenações que sofreria. Isso levou o júri à condenação no valor de US\$4 milhões por *punitive damages*, tendo sido a condenação reduzida pelo Tribunal regional do Estado de Alabama. Posteriormente, chamada para decidir o caso, a Suprema Corte determinou que o Tribunal estadual reduzisse o valor, considerando as seguintes circunstâncias (SUPREMA CORTE,

---

<sup>14</sup> *Seventh Amendment: In Suits at Common Law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to a Trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of Common Law.*

1981): a) o grau de reprovabilidade da conduta do agente; b) a proporcionalidade entre os *punitive damages* e *compensatory damages* (reparação) e c) previsão normativa de pena para os ilícitos similares.

### **3.4 Casos de aplicação do instituto:**

Nesta seção, trata-se das hipóteses específicas de aplicação do instituto dos *punitive damages*.

#### **3.4.1 Negligência grosseira**

Os principais casos de aplicação dos *punitive damages* baseados em negligência grosseira (*gross negligence*) são aqueles referentes a erros médicos, acidentes de trabalho e acidentes de trânsito.

No que se refere a erro médico, denominado de *medical malpractice*, tem-se que não é qualquer tipo de negligência que induz a aplicabilidade do instituto, se limitando-se àquelas condutas médicas reconhecidas como especificamente reprováveis. Pode ocorrer nos atos comissivos ou omissivos, e exige-se sempre um alto grau de violação dos deveres médicos.

Fato interessante a ser destacado nas terras americanas é a questão do seguro. A partir da aceitação dos *punitive damages* em face de erros médicos, atualmente, pode-se dizer que todos os profissionais que labutam nessa área são cobertos securitariamente. Logo, em caso de indenização será a seguradora que suportará o ônus do pagamento. Esse fato será analisado posteriormente, no que pode ser denominando de “malha securitária”, em que praticamente todos os segmentos da sociedade cuidaram de se proteger a partir da contratação de seguradoras que garantam o pagamento de eventual indenização.

O outro caso de aplicação das indenizações punitivas em casos de negligência grosseira se dá em relação aos acidentes de trabalho. No início, o julgamento dos casos era realizado de acordo com cada *statute* do respectivo estado, sendo necessária a comprovação da culpa do empregador. Porém, adverte Paula Lourenço: “Só nos finais do século XX é que a jurisprudência começou a flexibilizar esse ônus da prova a cargo do lesado ou de seus familiares, eventualmente inspirada pelas correntes doutrinárias que faziam apelo à

responsabilidade objectiva do empregador em matéria de acidentes de trabalho” (LOURENÇO, 2002, p. 1035).

O terceiro caso é o de acidentes de trânsito ou, nas palavras de Paula Lourenço (2002), “acidentes de viação”. Não são em todos os casos que se aplicam as indenizações punitivas, podendo ser citados: dirigir em alta velocidade, dirigir embriagado, realizar manobras perigosas, negligentemente confiar o veículo a terceiro e circular sem luzes.

Ressalte-se que em qualquer das três modalidades há de se distinguir se o ato foi praticado mediante conduta negligente grosseira ou ordinária (*ordinary negligence*), pois somente no primeiro deles é que haverá a condenação em questão.

### **3.4.2 Responsabilidade objectiva**

Esta seção trata de todos os casos envolvendo a aplicação do instituto em hipóteses de responsabilidade sem culpa.

#### **3.4.2.1 Responsabilidade civil do produtor**

Inicialmente, a *Common Law* não reconhecia como objectiva a responsabilidade civil (*strict liability*) do produtor ou pelo fato do produto. Sua origem, segundo Paula Meira, ocorreu no início da segunda metade do século XX:

Tendo começado por se basear na negligência do produtor, como aconteceu no caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co of Fresno*, de 1944, veio a ser finalmente reconhecida como objectiva, em 1963, no caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, no qual o Supremo Tribunal da Califórnia afirmou inequivocamente que ‘Um fabricante é objectivamente responsável (*strictly liable*)’ (LOURENÇO, 2002, p. 1039).

De fato, hoje é corriqueiramente aplicada a indenização punitiva aos produtores e fornecedores de bens para uma massa de consumidores, sob o argumento de que os produtos foram fabricados sem obedecer às prescrições consagradas na lei, sendo esses produtos defeituosos denominados de *product liability*.

Em que pese as menções a um precedente ocorrido em 1944, feitas por Caroline Vaz, denominado de *Escola vs. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (VAZ, 2009, p. 53), ou ao caso mencionado por André Gustavo ocorrido em 1967, no qual foi comercializado um medicamento da droga “MER 29” por um famoso laboratório americano, o qual foi condenado ao pagamento da indenização (ANDRADE, 2009, p. 190), tem-se que o precedente mais citado pelos júrís envolvendo a aplicação dos *punitive damages* por produtos defeituosos trata-se do renomado caso denominado “*Ford Pinto Case*”, ocorrido em 1972, o qual merece ser destacado.

Em 1972, um exemplar do veículo conhecido por “Ford Pinto” provocou um acidente ao trafegar numa autoestrada. Houve o abalroamento na parte traseira do veículo, o que provocou o rompimento do seu tanque de combustível, ocasionando a sua explosão, o que ficou conhecido como “*Exploding Pinto*”. A condutora, senhora Lily Gray, morreu algum tempo depois devido às queimaduras e o jovem que a acompanhava, Richard Grimshaw, um garoto de treze anos de idade, sofreu lesões corporais gravíssimas. Grimshaw e os herdeiros da senhora Gray propuseram uma ação em face da Companhia Ford. No julgamento, ficou provado que durante os testes de colisão os engenheiros da Ford descobriram que um acidente envolvendo a traseira do veículo poderia facilmente romper o tanque de combustível e provocar incêndio no interior do veículo. Entretanto, conforme também restou demonstrado, a linha de produção já se encontrava montada ao tempo desta descoberta. Assim, os executivos da empresa preferiram produzir o veículo como originalmente projetado, mesmo sabendo que as intervenções necessárias poderiam evitar danos e salvar milhares de consumidores.

Posteriormente, descobriu-se um documento interno da própria empresa que apresentava estudo envolvendo o custo aproximado das indenizações relacionadas com o defeito de fabricação do veículo, o qual concluíra que compensaria pagar pelas mortes e lesões corporais. Da mesma forma, foram levantados os gastos necessários para corrigir o problema a partir de um *recall* de todos os veículos. O confronto destes dois tópicos possibilitou à empresa chegar à conclusão de que o pagamento das indenizações era muito mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário para evitar os acidentes. Em termos financeiros, restou decidido pelos estudos realizados pela empresa que o pagamento das eventuais indenizações, no valor total de quase US\$50,000,000.00, seria bem inferior aos custos para o aperfeiçoamento do defeito, no valor de US\$137,000,000.00. Diante destas provas,

o júri condenou a Ford ao pagamento de US\$ 560,000.00 aos herdeiros da senhora Gray e US\$ 2,500,000.00 a Richard Grimshaw, a título de *compensatory damage*. Além disso, a empresa também foi condenada ao pagamento da quantia de US\$ 125,000,000.00 em caráter de *punitive damages*. Este valor, por sua vez, foi reduzido para a cifra de US\$ 3,500,000.00 pelo juiz, que o considerou excessivo, o que acabou sendo confirmado pela Corte de Apelações da Flórida.

Após estes fatos, surgiu um estudo acadêmico que serviu de base para os casos futuros semelhantes, formulado por um professor americano chamado David Owen<sup>15</sup>, em 1976, sendo citado em diversas decisões.

A título de exemplificação, outro caso famoso envolvendo também o fornecimento de produto defeituoso ocorreu. A senhora Stella Liebeck passou por um *drive-thru* de uma lanchonete da rede “*Mc Donalds*” no estado do Novo México, onde adquiriu um café, tendo sido servido em uma xícara de isopor. Ao manusear o produto, o líquido derramou sobre suas pernas, acarretando-lhe queimaduras de segundo e de terceiro grau. Em razão desses ferimentos e da sua idade avançada, a senhora Liebeck ficou internada durante uma semana no hospital e continuou o tratamento em casa por mais três semanas, acompanhada de sua filha. Ela enviou correspondência à empresa solicitando o pagamento das despesas, o ressarcimento pelo fato de a filha ter ficado impedida de trabalhar e a diminuição da temperatura do café, tendo recebido como resposta uma proposta de US\$800,00, a qual não foi aceita. Diante disso, ajuizou ação de indenização pleiteando o valor de US\$ 100.000,00 em razão de *compensatory damage* e o triplo deste valor a título de *punitive damages*. Ocorreu que durante análise minuciosa do caso estudos comprovaram que mais de setecentos casos similares já haviam ocorrido até 1992 (data do acidente), tendo a lanchonete afirmado que a temperatura do café garantia um produto mais apazível para os consumidores. Dois fatos chamaram a atenção dos jurados no caso. Primeiro, o gerente da rede testemunhou afirmando que existia a possibilidade de acidentes, mas que a quantidade de clientes afetados seria próxima do zero, tendo em vista a dimensão dos cafés servidos. Segundo, o estudo apresentado pelo perito da senhora Liebeck, pelo qual se constatou que líquidos a 180 graus são responsáveis por queimaduras profundas na pele humana quando em

---

<sup>15</sup> Owen foi um escritor do *The New Yorker* desde 1991 e um editor contribuinte da *Golf Digest* desde 1995. Anteriormente ele era editor contribuinte da *The Atlantic Monthly* e escritor sênior para da revista *Harper*. Durante seis anos, ele foi colunista regular da revista *Home*.

contato por um período entre dois e sete segundos e que a diminuição para 155 graus promoveria uma redução exponencial na possibilidade de ferimentos de grande extensão e gravidade. Isso significa dizer que se o acontecimento tivesse envolvido um café a esta temperatura o líquido teria esfriado e haveria o tempo hábil para ela evitar uma queimadura séria. A rede de lanchonete foi condenada ao pagamento de US\$ 200,000.00 a título de danos compensatórios, com redução de 20% em razão da participação da demandante no resultado e US\$ 2,7000,000.00 como indenização punitiva. O juiz reduziu a quantia em caráter de *punitive damages* para US\$540,000.00, calculando-os com base no triplo do *compensatory damages* recebido. A última notícia que se tem do caso é que as partes entabularam um acordo, que não foi divulgado.

Por último, há de ser ressaltado que não é a todo caso de responsabilidade civil objetiva envolvendo produtos que são aplicadas as indenizações punitivas:

Assim sendo, e tentando esclarecer o aparente paradoxo apontado pelos opositores da introdução dos danos punitivos na área da responsabilidade civil sem culpa, os *punitive damages* não são atribuídos em todos os casos de responsabilidade civil do produtor, mas tão só naquelas situações em que se identifica um comportamento culposos, censurável por parte do produtor, a saber, a referida flagrante indiferença pelos mais altos valores defendidos pelo Direito, como a vida e a integridade física da pessoa humana (LOURENÇO, 2002, p. 1044). (grifos da autora).

A partir desses casos e do estudo do professor David Owen (1976), foram estabelecidas as hipóteses em que se deve aplicar os *punitive damages* relativamente ao fornecimento de produtos:

- a) constatação de má-fé para enganar o consumidor;
- b) ciência do produtor da existência do perigo, do grau de risco e da possibilidade de o atenuar;
- c) motivos que levaram o produtor a não proceder à diminuição do risco do produto;
- d) a possibilidade que o produtor tinha de diminuir esses perigo a um nível razoável e os custos para essa diminuição;
- e) ocorrência e relevância do perigo do produto.

### **3.4.3 Responsabilidade por fraude: condutas comerciais fraudulentas**

Normalmente, as condutas fraudulentas verificadas envolvem a comercialização de produtos nocivos, abarcando a hipótese de responsabilidade objetiva do produto. Nesses casos, a empresa fornecedora do produto está ciente dos danos que porventura podem ser causados a terceiros, porém, não os divulga. Ou seja, não cumpre o dever de pré-avisar os consumidores acerca dos riscos do produto.

O caso clássico a ser citado, conhecido como *Roginsky vs. Richardson-Merrel*, ocorreu em 1967. Serve de parâmetro ou precedente para casos envolvendo o fornecimento de produtos que podem causar danos, nos quais o produtor ou fornecedor conhece seus riscos, porém não adverte os consumidores. Neste precedente, um laboratório comercializou um medicamento de nome “MER 29”.<sup>16</sup> Ao final, o laboratório foi condenado ao pagamento dos *punitive damages* sob o fundamento de desrespeito ao consumidor por não ter divulgado as contraindicações.

### **3.4.4 Responsabilidade civil do comitente**

A responsabilidade civil dos empregadores também é considerada objetiva, denominada “*vicarious liability*”, sob o argumento de que se trata de uma responsabilidade pelo risco. Ou seja, quem obtém proveito econômico de uma atividade deve também suportar os seus custos.

A legislação que trata do assunto é o já referido texto denominado *Restatement* — no caso, o *Restatement (Second) of torts*, §909 (1979). Conforme síntese formulada por Paula Lourenço (2002), a indenização punitiva pode ser atribuída ao empregador nas seguintes situações:

- a) O comitente autorizou a prática do fato.
- b) O comissário era incompetente e o comitente foi negligente na sua contratação.
- c) O comissário estava a agir no âmbito das suas funções.
- d) O comitente ratificou ou aprovou o ato.

---

<sup>16</sup> Medicamento que seria indicado para o tratamento de arteriosclerose. Muitos pacientes que tomaram a droga apresentaram diversos efeitos colaterais, como a formação de cataratas.

### 3.4.5 Responsabilidade contratual

Os *Restatements* são utilizados como premissas para a aplicação de indenizações no Direito norte-americano. Assim como existe o *Restatement of Torts*, também foi formulado o *Restatement of Contracts*, aplicável aos contratos de modo geral — ou seja, *breach of contracts* —, diante da importância desses no direito da *Common Law*. No caso, o §355 (1981), que assim dispõe<sup>17</sup>: “indenização punitiva não é aplicável para aos casos de violação contratual, a não ser que a conduta do agente constitua violação também a um ilícito para o qual a indenização punitiva é aplicada” (§ 355, RESTATEMENT OF CONTRACTS).

Seguindo a tradição, coube à jurisprudência fixar os casos de aplicação da indenização punitiva envolvendo contratos, fenômeno conhecido por *contracts law*. Caroline Vaz (2009) e Paula Meira (2002) são unânimes em enumerá-los: quebra de promessa de casamento, conduta maliciosa ou opressiva, conduta fraudulenta, contratos de seguro e casos envolvendo concorrência desleal.

### 3.4.6 Responsabilidade por curto circuito do contrato

O curto circuito do contrato, ou *contractual bypass*, assemelha-se aos danos eficientes abordados no tópico que tratou da crise da responsabilidade civil no Brasil. Pode-se dizer que surgiu a partir das constatações norte americanas no que se refere à preferência pelo agente de assumir a possibilidade de se ver condenado ao pagamento ou ressarcimento dos danos a cumprir o avençado contratualmente.

Nos Estados Unidos, essa corrente se firmou apenas para os casos contratuais, diferentemente daqui, onde os danos eficientes são mencionados para os casos de responsabilidade civil não derivada contratualmente.

A expressão utilizada pelos norte-americanos para indicar o curto circuito do contrato é *contractual bypass*, que foi assim definida por Paula Meira<sup>18</sup>, desta feita em outro artigo por ela elaborado:

<sup>17</sup> Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.

<sup>18</sup> Texto apresentado pela autora no Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em 2008, na qual pode-se verificar a similitude com os danos eficientes ocorridos no Brasil.

A expressão *contractual bypass* tem sido utilizada pela jurisprudência e doutrina norte-americanas para descrever a opção dos agentes econômicos pela sujeição às regras da responsabilidade civil aquiliana, em detrimento da celebração de negócios jurídicos, sempre que seja mais eficaz do ponto de vista econômico, ou seja, sempre que o incumprimento da lei e o pagamento de uma indenização ao lesado (indenização reparatória) corresponda a um montante inferior ao lucro esperado com conduta ilícita e culposa e à quantia que se poupa nas despesas relativas à negociação (Lourenço, 2008).

Um típico caso de *contractual bypass* que pode ser invocado trata-se do precedente denominado de *Midler vs. Ford Motor Co.* Segundo notícias divulgadas, a cantora Bettie Midler se recusou a participar de uma propaganda para a comercialização de um veículo da marca Ford. Diante de sua recusa, a empresa decidiu convidar outra cantora, que participava do grupo de Midler e que sabia fazer uma imitação de sua voz. Com a veiculação do anúncio, muitas pessoas imaginavam que se tratava da própria Midler, tendo em vista a semelhança entre elas. Bettie interpôs ação pleiteando a condenação da empresa por *punitive damages*, vindo a lograr êxito. O Tribunal considerou que a Ford decidiu ser mais vantajoso assumir os riscos de uma condenação e impôs o pagamento da indenização punitiva.

### **3.4.7 Responsabilidade por difamação**

Desde o início do surgimento da imprensa, seja falada ou escrita, assiste-se a uma crescente violação dos direitos da personalidade tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil e em praticamente todos os países. Isso se deve ao fato de que à imprensa interessam os fatos ocorridos com pessoas conhecidas, ou populares. Para tanto, não mede esforços para divulgação de uma notícia que pode lhe render dividendos na comercialização de seus produtos, por meio de comunicação seja escrita ou falada.

Aqui também cabe ressaltar que a finalidade da empresa é a mesma daqueles casos envolvendo o *contractual bypass*, uma vez que o lucro se mede pela vendagem ou pela repercussão da notícia em contrapartida ao valor da indenização que eventualmente a empresa venha a suportar em relação à pessoa que teve seus direitos da personalidade lesados.

Os americanos utilizam o vocábulo *defamation* para designar os casos que envolvem dano à imagem de uma pessoa. Difamação, segundo o dicionário *Black's*

(1979) <sup>19</sup>, significa “o ato de prejudicar a reputação de outrem por meio de falsa declaração e se a alegada difamação envolver uma questão de interesse público, o autor é constitucionalmente chamado para provar tanto a falsidade da declaração quanto a culpa do réu. Declaração falsa escrita ou oral, que causa danos à reputação de outrem” (BLACK´S, 1979, p. 313) (tradução nossa).

### 3.5 Principais críticas ao instituto norte-americano

O objetivo deste tópico é apenas abordar as principais críticas que o instituto dos *punitive damages* vem sofrendo, sem, contudo, rechaçar ou concordar com elas.

Apesar da aplicação amplamente aceitável na maioria dos países nos quais vigora o direito consuetudinário, os *punitive damages* não estão blindados contra os argumentos contrários, inclusive no país que mais aplica o instituto, os Estados Unidos da América. Por lá, as discussões acerca da matéria estão cada vez mais presentes, por parte seja dos próprios cidadãos ou da comunidade jurídica.

Foi assim que surgiu a *American Tort Reform Association*, associação que propõe diversas mudanças na responsabilidade civil decorrente dos *punitive damages* e formula críticas, sendo a principal delas a não observância do princípio denominado *due process of Law*:

O Tribunal Supremo dos Estados Unidos expressou séria preocupação recentemente no sentido de que os prêmios referentes aos *punitive damages* neste país “correram selvagem”, violando direitos constitucionais fundamentais. O Tribunal proveu alguns controles gerais, assegurando que a *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment* impõe tanto os limites substantivos no tamanho de prêmios de indenizações punitivos quanto os limites processuais quando e como as indenizações punitivas possam ser pagas. Ainda, prêmios exorbitantes a título de punição continuam sendo um problema principal em muitos estados<sup>20</sup>. (AMERICAN TORT REFORM ASSOCIATION, 2001, p. 44) (tradução nossa).

Essa crítica foi consagrada na emenda XIV<sup>21</sup> da Constituição:

<sup>19</sup> The act of harming the reputation of another by making a false statement to a hird person. • If the alleged defamation involves a matter of public concern, the plaintiff is constitutionally required to rove both the statement's falsity and the defendant's fault. 2. A false written or oral statement that damages another's reputation.

<sup>20</sup> The United States Supreme Court has expressed serious concern in recent years that punitive damages awards in this country have “run wild,” jeopardizing fundamental constitutional rights. The Court has provided some general controls, holding that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment imposes both substantive limits on the size of punitive damages awards and procedural limits on when and how punitive damages may be awarded. Yet, excessive punitive damages awards continue to be a major problem in many states.

<sup>21</sup> Amendment XIV (ratified July 9, 1868), Section 1. All persons born or naturalized in the United

14ª Emenda [ratificada em 9 de julho de 1868] 1ª Seção. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, portanto sujeitas, portanto, à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos da América e dos respectivos estados nos quais residem. Nenhum estado deverá legislar ou impor qualquer lei que possa diminuir privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos da América; nem poderá qualquer estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição a igual proteção das leis. (tradução nossa).

Outro ponto a ser destacado é que os opositores do instituto também se apegam à vedação constitucional, com base na emenda VIII, de aplicação de multas excessivas ou incruéis. Em decisão proferida no precedente denominado *Pacific Mutual Life Insurance CO. vs. Haslip*, de 4 de março de 1991, a Suprema Corte Americana<sup>22</sup> já sinalizava a necessidade de repensar o *quantum* indenizatório:

Trata-se de um júri ilimitado ou de uma discricção judicial na fixação de indenizações punitivas, ambos podem produzir resultados extremos que são inaceitáveis sob o *Due Process Clause*. Embora uma nítida linha matemática não possa ser traçada entre o constitucionalmente aceitável e o constitucionalmente inaceitável, ela contemplaria em todo caso preocupações gerais de racionalidade e orientação adequada do Tribunal quando este fosse submetido a um júri adequado que considerasse o cálculo constitucional (tradução nossa).

De fato, a maior crítica que o instituto vem sofrendo nas terras americanas se refere às vultosas indenizações concedidas pelos jurados, o que tem levado alguns Estados a adotarem regras para a fixação, impondo limites. Essa supervalorização dos danos foi objeto de discussão na *ATRA*<sup>23</sup>:

---

States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the united States and a of the State where in they reside. No State shall make us enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

<sup>22</sup> Nevertheless, unlimited jury or judicial discretion in the fixing of punitive damages may invite extreme results that are unacceptable under the Due Process Clause. Although a mathematical bright line cannot be drawn between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case, general concerns of reasonableness and adequate guidance from the court when the case is tried to a jury properly enter into the constitutional calculus.

<sup>23</sup> Reform is urgently needed to restore balance, fairness, and predictability to punitive damage law. The justice system should not be a 'litigation lottery' characterized by excessiveness and arbitrariness. ATRA recommends four reforms: establishing a liability 'trigger' that reflects the intentional tort origins and quasi-criminal nature of punitive damages awards – actual malice'; requiring 'clear and convincing evidence' to establish punitive damages liability; requiring proportionality in punitive damages so that the punishment fits the offense; federal legislation to address the special problem for multiple punitive damages awards.

A reforma é urgentemente necessária para estabelecer o equilíbrio, a justiça e a previsibilidade no que se refere à indenização punitiva. A justiça não pode virar uma “loteria de litígios”, caracterizada pelo exagero e pela arbitrariedade. A ATRA recomenda quatro reformas: estabelecer um nexo de causalidade relacionada com a origem intencional da responsabilidade civil extracontratual de natureza semicriminal da indenização punitiva – a malícia; evidenciar de forma clara e inconteste a ocorrência de responsabilidade passível de ser conferida à indenização punitiva; estabelecer um critério de proporcionalidade entre a indenização e a ofensa propriamente dita; e criar de uma legislação federal no sentido de solucionar o problema da volatilidade das indenizações por *punitive damages* (tradução nossa).

Alguns estados optaram por adotar um julgamento em duas etapas. Na primeira, os jurados decidem o valor dos *compensatory damages*. Na segunda, decidem se a vítima faz jus aos *punitive damages*. Outros optaram por estabelecer que parte dos *damages* (indenização) seja destinada a um fundo estadual.

Outro argumento invocado no que tange ao valor das indenizações aplicadas é que os contratos de seguro acabam por cobrir os valores impostos, o que leva a uma disfunção dos objetivos da prevenção e da dissuasão. Dessa forma, a tendência das companhias de seguro é a de aumentar cada vez mais o valor dos seguros.

Outra crítica bastante utilizada pelos opositores se trata da dicotomia entre o Direito Penal e o Direito Civil, sob o argumento de que os *punitive damages* invadiriam o campo do Direito Penal, uma vez que caberia somente a este a tarefa de punir o ofensor.

### **3.6 Os *punitive damages* no sistema italiano**

Opta-se pela escolha do sistema italiano para tecer considerações acerca das disposições atinentes à responsabilidade civil diante da similaridade com o ordenamento jurídico do Brasil. Ademais, foi em Roma que surgiram as penas privadas e, atualmente, discute-se a sua reinserção no ordenamento italiano. Isso porque na Itália o legislador de 1942 também consagrou a culpa como elemento fundamental para a caracterização do dever de indenizar. Entretanto, optou-se por uma regra geral, a qual impõe uma culpa presumida em casos de desempenho de atividade perigosa, cabendo ao agente do dano provar a ausência de culpa, em clara inversão do ônus da prova.

Percebe-se, de antemão, as mesmas diretrizes impostas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro (BRASIL, 2011), que também consagra a periculosidade da atividade desenvolvida pelo prestador de serviços ou fornecedor de produtos, o qual por sua vez, também se vê obrigado a fazer prova contrária às alegações de perigo do consumidor. Ou seja, ambas as legislações estabelecem a culpa presumida para os casos de responsabilidade objetiva. Mas, além da regra geral, possuem outras que se tornam exceções e acabam por desvirtuar todo o sistema.

A responsabilidade civil no Código Civil italiano encontra-se disposta nos arts. 2.043 a 2.054, sendo a regra geral acima delineada disposta no art. 2.050<sup>24</sup>: “Qualquer um que cause dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, deve repará-lo, se não provar ter adotado todas as medidas adequadas para evitá-lo” (tradução nossa). Os demais artigos tratam da responsabilidade dos pais, dos tutores, dos curadores, dos professores, dos patões, do guarda da coisa ou do animal e do dono do edifício em ruína.

O que se discute é se as disposições dos artigos 2.048, 2.049, 2.051, 2.052 e 2.053 também se aplicam à responsabilidade objetiva baseada no risco ou na culpa presumida, assim como define o art. 2.050, o qual poderia ser considerado como uma pena privada. Isso porque o legislador italiano deixou margens a interpretações divergentes ao manter a culpa como elemento principal, porém imputando ao gente o encargo da prova em contrário.

Giselda Hironaka, ao mesmo tempo em que tece elogios ao sistema italiano, o vê como um sistema desorganizado, da mesma forma que o sistema brasileiro:

Contudo, lá como aqui, a maior queixa que pode ser desenhada, num sistema de responsabilidade civil concebido desta maneira, é o fato de o legislador não ter organizado um sistema de responsabilidade civil suficientemente claro, coerente e abrangente que pudesse ser adaptado às exigências da sociedade moderna. Tal circunstância gerou, como não poderia mesmo deixar de gerar, um corpo disciplinar extremamente complexo e muito criticado, em razão desta falta de visão do todo. Soma-se à confusão – diz a autora e tem toda a razão – o fato da doutrina e da jurisprudência adotarem com frequência concepções divergentes (HIRONAKA, 2005, p. 286).

---

<sup>24</sup> Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un' attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di averce adottato tutte le misure idonee a evitare il danono.

Paolo Gallo (1997), conhecido jurista italiano, explica que na Itália os danos extrapatrimoniais podem ser concedidos apenas quando o comportamento é sancionado pela lei penal, conforme dispõe o art. 180 do Código Penal. Entretanto, alerta que a partir da década de 1980 nota-se a tendência crescente de presumir danos, especialmente no domínio da proteção da pessoa e de sua vida privada. A vítima passou a ter a seguinte opção:

Na Itália, sempre que o infrator também é responsável do ponto de vista do direito penal, à vítima é permitido escolher entre o juiz civil e o penal, (artigo 12, CPP). Se a vítima optar por pedir danos ao invés de reivindicar uma sanção penal, o juiz civil está autorizado a verificar a existência de um comportamento criminal, mas apenas para condenar o agressor a pagar danos extrapatrimoniais (GALLO, 1997, p. 4).

A tendência observada na legislação italiana de que as vítimas estão preferindo acionar o juízo cível ao invés do juízo criminal pode ser exemplificada pelo art. 2.043, uma vez que em casos de difamação por negligência só é possível obter danos patrimoniais e que, diferentemente, em casos de difamação intencional o juiz também poderá condenar o agressor a compensar os danos extrapatrimoniais.

Paolo Gallo (1997), nesta mesma obra, estabelece quatro situações nas quais a doutrina admite a aplicação da pena privada:

- Primeira — é constatada a partir da observação de que a prova de danos especiais não é mais necessária para obter reparação no direito penal. Neste diapasão, o autor conclui: “Desta forma, a responsabilidade civil tornou-se um remédio geral para a proteção dos direitos privados e pressupõe não mais danos, a fim de operar” (GALLO, 1997, p. 43). Finaliza dizendo que quem viola um interesse privado pode ser obrigado a pagar uma sanção privada para a parte lesada, cuja principal função é coibir e punir, ao invés de compensar.

- Segunda — hipótese levantada por Paolo Gallo para a aplicação das sanções privadas, em que o agressor se enriquece como consequência de seu comportamento ilícito. Declara o autor: “Ninguém poderia ser autorizado a se enriquecer à custa de outrem. Caso contrário, todo mundo iria ser induzido a infringir os direitos de outras pessoas a fim de obter a diferença entre o prejuízo causado e o enriquecimento obtido” (GALLO, 1997, p. 52). Um exemplo claro seria o uso de imagem de pessoas famosas para fins de publicidade.

- Terceira — trata-se de danos envolvendo direitos difusos. Assemelha-se aqui no Brasil ao denominado “dano eficiente”, o que significa dizer que sempre que

uma coletividade for lesada em decorrência de conduta ilícita proveniente de produtos em massa, poluição e outros danos coletivos o produtor deve ser obrigado a indenizar pela sua atividade desenvolvida, pois, caso contrário, irá enriquecer à custa de toda a coletividade. O autor (GALLO, 1997) pondera que sempre que o juiz verificar que se trata de uma perda muito grande, para quantificar a indenização deve-se levar em consideração a gravidade do comportamento, o custo para restaurar o dano (o meio ambiente, por exemplo) e o enriquecimento obtido como consequência do ato ilícito. Importante destacar a opinião exposta pelo jurista em seu artigo no sentido de que o legitimado para propor a ação é o Estado, que também teria direito à indenização arbitrada. Diferentemente, em casos envolvendo a violação de direitos da personalidade o autor entende que a indenização deve ser direcionada à vítima.

- Quarta — diz respeito aos delitos penais que podem ser mitigados para a área do Direito Civil. Segundo Gallo (1997), a partir do século XVIII muitos filósofos começaram a reconsiderar todo o sistema de punição e dissuasão, visando reduzir os comportamentos penais. Assim, abriu-se caminho para a busca de alternativas de natureza administrativa e civil, notadamente no domínio da proteção da pessoa e de sua vida privada, envolvendo honra, privacidade, e assim por diante.

Ao final de seu trabalho, o jurista italiano conclui pela procedência da aplicação das penas privadas, ou *punitive damages*:

Nessas condições, se aumentarmos por meio de danos punitivos a compensação devida, o agressor seria induzido a gastar mais do que o exigido pela eficiência econômica na atividade preventiva. O mesmo vale no caso de responsabilidade objetiva. Se aumentarmos a indenização devida, por meio de danos punitivos o transgressor seria induzido a gastar em atividades preventivas mais do que o exigido (GALLO, 1997, p. 48).

Estabeleceram-se quatro critérios a serem observados para a aplicação dos *punitive damages* pelo juiz: a) a gravidade da lesão; b) o elemento subjetivo da negligência (erro, negligência grosseira, intenção); c) a condição patrimonial do ofensor; e d) o enriquecimento obtido como consequência do ato ilícito.

Gallo (1997) conclui que, diferentemente do sistema adotado pelo Brasil, que exige a existência do dano para configurar o dever de reparar, na Itália o dano não é condição essencial para a aplicação da indenização, pois nessas condições o dano em si não parece ser mais um requisito necessário da responsabilidade civil. A fim de obter a reparação de um delito, é suficiente provar a violação de um direito civil.

### 3.7 Os *punitive damages* no ordenamento jurídico de Portugal

Uma breve análise da legislação de Portugal já revela sua similaridade com a brasileira. Assim como no Código Civil Brasileiro, o português também dispõe que a indenização se mede pelos prejuízos causados (arts. 483, 798, 562 e seguintes), em regra igual ao do art. 944 do Código Brasileiro (BRASIL, 2011), que dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano.

Da mesma forma que nosso parágrafo único do art. 944, o art. 494 do diploma português estabelece que se a imputação delitual se fundar em mera culpa do autor do fato a indenização pode ser fixada equitativamente, em montante inferior ao que corresponde aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Daí porque as vozes contrárias à aplicação dos *punitive damages* em Portugal defendem sua incongruência com o ordenamento jurídico, uma vez que a legislação admite apenas a redução do valor pecuniário, pelo que, não prevendo a majoração, não é possível falar-se em caráter punitivo ou preventivo, uma vez que o ordenamento assim não dispôs.

Neste sentido são as argumentações do autor português Fernando Pessoa Jorge (1999), contrário à aplicação do instituto em terras portuguesas.

Em Portugal, o instituto dos *punitive damages* tem como maior defensora Paula Meira Lourenço, que, no artigo intitulado “Os danos punitivos”, da revista de direito da Universidade de Lisboa, defende a tese contrária daqueles que enxergam apenas a função reparatória no art. 494:

No art. 494.º, a responsabilidade civil parece assumir a sua função sancionatória e preventiva, em detrimento da função reparadora, não só porque a indemnização poderá ser inferior ao dano causado, mas também porque se atende ao grau de culpa do agente, não obstante terem sido excluídos os factos ilícitos dolosos. Se a função da responsabilidade civil fosse puramente reintegrativa, a variação da culpabilidade do infractor não teria relevância, pelo que este preceito é a prova de que a responsabilidade civil assume uma função punitiva. Na mesma ordem de idéias, perguntamos porque não podemos fazer o lesante pagar uma indemnização superior ao dano que tenha produzido, atendendo ao elevado grau de culpa do agente, tendo assim por objectivo puni-lo? (LOURENÇO, 2002, p. 1063-1064).

Ainda nesta linha de raciocínio — qual seja, levando-se em conta o grau de culpa do agente —, a autora cita outros exemplos contidos no Código Civil Português para justificar sua posição. É o caso do art. 497, n. 2, que dispõe acerca

do direito de regresso na medida das respectivas culpas e das consequências que delas derivem, bem como do art. 570, que estabelece que a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou, mesmo, excluída com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram.

Exemplificando outros casos, como o fato de que se ocorrer a mora do credor o devedor só é responsável pela perda ou deteriorização da coisa se houver dolo de sua parte, a autora (2002) conclui: “Pelo exposto, não se compreende como não se permite a punição civil do agente quando a sua culpa é grave”.

Claro exemplo de indenização punitiva previsto no ordenamento português trata-se do n. 2, do art. 1.320 do Código Civil, que determina que os animais que forem atraídos por fraude ou artifício do dono da guarida onde foram recolhidos esse dono é obrigado a entregá-lo ao proprietário ou a pagar-lhe em triplo o valor do animal desde que não seja possível restituí-lo. Ou seja, em caso de não devolução do bem é prevista uma indenização que extrapola seu próprio valor.

Relativamente aos danos morais, os quais atualmente são amplamente aceitos no Direito português, é de se ressaltar que por lá eles também são previstos constitucionalmente. Exemplo claro dessa incidência se refere aos direitos do autor, que compreendem os de caráter patrimonial e os direitos morais, para os quais o legislador determina que a indenização tenha por base o lucro auferido por aquele que violou os direitos autorais.

Também no que tange aos direitos da personalidade, a doutrinadora portuguesa defende a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* em outro artigo, intitulado “A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação”:

Entendemos que isso é possível, pois, por um lado, nenhuma norma jurídica proíbe a ponderação da culpa grave do agente para efeitos de aumento do montante da indemnização. E, por outro lado, parece-nos razoável que o julgador o faça para calcular o montante a atribuir por danos não patrimoniais, sempre que esteja em causa a tutela de situações jurídicas de personalidade, máxime quando se coloca em causa direitos da personalidade (LOURENÇO, 2008, p. 22) (grifos nossos).

Vale ilustrar também os casos de responsabilidade objetiva previstos no ordenamento jurídico português, os quais também servem de fundamentação para a aplicação das funções preventiva e punitiva: os casos de danos ambientais e ecológicos e os casos de responsabilidade do empregador na dispensa sem justa causa.

O primeiro é previsto na Constituição, na parte intitulada “Defesa do Ambiente”, ao enunciar que o poluidor é obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente. O respectivo art. 41 ainda determina que a obrigação de indenizar depende da existência de uma ação especialmente perigosa. Explica Menezes de Cordeiro: “A indemnização, para além dos fins clássicos, assume, ainda, uma papel duma pena, com um desempenho importante no já referido domínio da prevenção. A sua transposição ambiental é muito importante, tendo vindo a ser enfatizada” (CORDEIRO, 1996, p. 685).

O segundo caso trata-se da legislação laboral, na qual o empregador é penalizado por agir dolosamente em face dos direitos do trabalhador. É o que ocorre nos casos de dispensa sem justa causa. Caso reste comprovado judicialmente que a causa da dispensa não se enquadra nas hipóteses legais, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador o valor de 1 (um) mês de serviço por cada ano completo e, quando restar comprovado o respectivo dolo, o valor da indenização será agravado ao dobro. De fato, é uma clara imputação de punição ao empregador.

Diante de tais explanações, pode-se concluir que o ordenamento português não prevê explicitamente a indenização punitiva, mas sim de forma indireta, até mesmo no que diz respeito ao *quantum* indenizatório. A maioria dos doutrinadores entende que o sistema permite a aplicação dos *punitive damages*, porém de forma secundária à função reparadora.

### **3.8 A teoria do desestímulo**

No Brasil, o instituto dos *punitive damages* é denominado pela maioria dos operadores do direito de “teoria do desestímulo”. Alguns autores preferem “dano punitivo” ou “dano moral coletivo”. O fato é que os *exemplary damages* são utilizados para fixar uma indenização a ser paga em decorrência de qualquer violação que não possua caráter material. Acerca da denominação “dano punitivo”, a questão já foi enfrentada.

O civilista Sérgio Cavalieri denomina o instituto em apreço de “dano moral punitivo” ou “indenização punitiva do dano moral”: “A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e

atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (por meio da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

Conforme se pode notar a partir da definição do desembargador e de outras definições, como a de André Gustavo, muitos autores se referem aos *punitive damages* invocando os danos morais:

Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como ofensa a algum dos direitos de personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independente de previsão legal, deve ser reconhecida quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa a algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica (ANDRADE, 2009, p. 262).

Essa correlação entre dano moral e indenização punitiva será objeto de análise posteriormente, ao final do trabalho, no sentido de analisar se o instituto alienígena só incide quando há violação extrapatrimonial.

Favorável à aplicação da teoria do desestímulo, Carlos Alberto Bittar enfoca sua natureza preventiva:

Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é a de fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acerto patrimonial (BITTAR, 1993, p. 280).

Os doutrinadores invocam a teoria do desestímulo como solução para a crise da responsabilidade civil, ponto importante para desenvolvimento do tema proposto.

Esta parte do trabalho tem por objetivo justamente, trazer algumas posições sobre a aplicação da teoria do desestímulo como resposta ou solução à crise da responsabilidade civil, inclusive as posições contrárias, para, então, analisar, de maneira técnica, esses diversos argumentos utilizados, no intuito de verificar a possibilidade de aplicação do instituto alienígena no ordenamento jurídico brasileiro, na parte conclusiva do trabalho.

Qualquer que seja a inovação trazida do Direito alienígena, há de ser moldada ao sistema já existente, não bastando a sua simples aplicação sem adaptações, da mesma forma como ocorreu com o instituto da desconsideração da

personalidade jurídica, atualmente positivada no Código Civil (BRASIL, 2011), que foi adaptado ao ordenamento brasileiro. Nisso, verifica-se que os defensores da aplicação da teoria do desestímulo pretendem amoldar as indenizações às novas tendências da responsabilidade civil, já analisadas, quais sejam: o caráter sancionatório/punitivo e preventivo, punindo o transgressor e evitando que este mesmo agente, ou outros, venham a praticar infrações similares, e o fato de, tendo em vista os danos propositais causados pelas grandes empresas que prestam serviços e fornecem produtos em massa, pretenderem transformar o já denominado “dano eficiente” em “dano ineficiente”.

O professor César Fiúza assim conceitua o dano ineficiente:

O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o *recall*, por ser mais barato (FIÚZA, 2010, p. 740).

Essa transformação do lucro eficiente em lucro ineficiente pode também ser denominada de “eliminação de obtenção de lucro ilícito”. É invocada por André Gustavo como um dos pressupostos para a fixação da indenização punitiva: “Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independente da gravidade da culpa” (ANDRADE, 2009, p. 269).

Nesta mesma linha de raciocínio, Lorenzetti destaca a função desempenhada pelo instituto de prejudicar a equação que estimula a prática do comportamento potencialmente lesivo:

O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionasse. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção (LORENZETTI, 1998, p. 458).

Um dos mais contundentes defensores da indenização punitiva, o já mencionado desembargador e civilista André Gustavo de Andrade, sustenta seus

argumentos a partir da aplicação do princípio constitucional da dignidade humana, apontando os *punitive damages* como resposta à crise instalada:

Neste contexto, a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico (ANDRADE, 2009, p. 29).

Nesta linha de raciocínio, complementa dizendo que, ao aplicar a teoria do desestímulo, o Estado desempenhará não só a tarefa de garantir a propriedade impondo deveres e obrigações, mas também outra que lhe cabe, qual seja, a sua obrigação e responsabilidade ético-política em primar pela observância do princípio constitucional da dignidade humana, para fazer prevalecer uma sociedade justa, na qual todos os danos devem ser indenizados.

Acerca da aceitação do instituto pelo ordenamento jurídico ou da possibilidade de inclusão deste instrumento alienígena no Direito Civil brasileiro, apesar de ser favorável, o autor admite que o sistema da família romano-germânica dificulta sua aplicação:

A aceitação ou negação da indenização punitiva do dano moral depende da visão que se tenha do Direito e do mundo. Aqueles que enxergam o Direito como um sistema fechado de regras escritas, estabelecidas por um órgão de competência legislativa, certamente estarão mais propensos a negar o caráter punitivo da indenização do dano moral. A ausência de regra que preveja expressamente essa espécie de sanção constituirá um obstáculo irremovível, tanto mais que outras regras apontam para caminho oposto (ANDRADE, 2009, p. 29).

Ainda no que tange ao caráter punitivo da indenização, alguns doutrinadores defendem que essa natureza sempre foi inerente ao instituto, desde sua concepção em Roma, como o jurista italiano Paolo Gallo:

No direito romano antigo a principal função da responsabilidade civil era punição e dissuasão. No campo dos delitos romanos a lei era caracterizada por uma pluralidade de remédios, como *actio furti*, *rapina*, *injuria*, *datum damnum iniuria*, cuja principal função era punição e dissuasão, em vez de compensação. O malfeitor era compelido a pagar até quatro vezes mais do que os danos compensatórios. A lei romana também conheceu a ação penal pública, especialmente no campo das condutas contra o Estado, a

ordem pública e a paz do Rei. Mais tarde, a lei penal começou a se desenvolver e expandir seu campo de aplicação também para o campo da proteção da pessoa, furto, roubo, lesão à pessoa e assim por diante. Desta forma, enquanto a função principal do direito penal tornou-se a punição e de dissuasão, a principal função da responsabilidade civil tornou-se compensação (GALLO, 1997, p. 1).

Doutrinadores clássicos, como Caio Mário, também sustentam que a punição deve estar presente nas indenizações por ato ilícito civil:

Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar (PEREIRA, 1992, p. 11).

A promotora de justiça Caroline Vaz, atuante na área dos direitos do consumidor e adepta da teoria do desestímulo, defende em sua obra de dissertação que as funções da teoria do desestímulo encontram respaldo no art. 5º da Constituição Federal, mais precisamente nos incisos XXXV e XLI (BRASIL, 1988). O primeiro deles dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça a direito. O segundo estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais: “A ameaça passou a compor, na ordem jurídica positiva brasileira, o direito à jurisdição, que somente pode ser considerada eficiente quando, acionado, o Poder Judiciário não permitir a concretização da lesão de cuja ameaça teve notícia” (VAZ, 2009, p. 113).

Acerca desse caráter punitivo da indenização, um dos principais argumentos para a aplicação do instituto, Maria Helena Diniz também ressalta que ele é uma das funções inerentes à responsabilidade civil:

[...] a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal, ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constituiu um menoscabo a interesses jurídicos extra patrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada (DINIZ, 2005, p. 32).

Esses argumentos são também ratificados por Carlos Roberto Gonçalves e Yussef Said Cahali, que defendem que a punição ocorre não só nos danos extra

patrimoniais, mas também na indenização por danos materiais, porém de maneira indireta:

É de salientar que o ressarcimento do dano material ou patrimonial tem, igualmente, natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá que responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva (GONÇALVES, 2010, p. 396).

Nessas condições, tem-se portanto que o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflagante, estilizados pelo direito moderno (CAHALI, 1980, p. 143).

Outro argumento também utilizado para justificar a aplicação dos *punitive damages* trata-se da tendência moderna, já analisada, no sentido de se ater mais ao ofensor do que ao ofendido. Neste sentido, a indenização punitiva se justificaria a partir de uma conduta gravemente culposa. Ou seja, passa-se a analisar não só a vítima do ato ilícito, mas também e principalmente o próprio ofensor, mensurando sua culpa ao cometer o ilícito, para então concluir pela aplicação da indenização punitiva ou não:

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de dolo ou culpa grave, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteado que o ilícito foi praticado com intenção lesiva ou, ao menos, com desprezo ou indiferença pelo direito alheio (CAHALI, 1980, p. 154).

Também se utilizando desses argumentos – o comportamento do ofensor e a obtenção de lucro ilícito – o desembargador Sérgio Cavalieri corrobora a aplicação do instituto:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grava – e, ainda, nos casos em que, independente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 99).

A autora Maria Celina (2009) também defende a posição de que dois critérios são exigidos para a aplicação do instituto, a saber: a gradação da culpa e o nível econômico do ofensor. Sustenta a civilista que só haverá verdadeira punição se se arbitrar a reparação do dano considerando-se não o que se fez, mas quem o praticou.

Até mesmo a falta de previsão legal é utilizada para justificar a aplicação dos *punitive damages*, sob o argumento de que a lacuna não impediria sua incidência, assim como ocorria com os próprios danos morais e a despersonalização da personalidade jurídica, os quais, antes mesmo da previsão legal, eram aplicados:

Não pode o operador ficar apegado à necessidade de regulamentação casuística, ou seja, esperar que estejam previstas todas as situações da vida, pormenorizadas e detalhadas, correndo o risco de gerar a ineficácia das cláusulas gerais introduzidas pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais. Inconcebível, pois, que fique o juiz inerte, diante de determinada situação que lhe é apresentada como uma máquina insensível. Sua atividade se desenvolve com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetido à sua apreciação, sendo ele cada vez mais desafiado a assumir papel ativo e criativo na interpretação da lei e da própria Constituição Federal, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo (VAZ, 2009, p. 113).

A mesma autora justifica o fato de a aplicação do instituto na Constituição Federal não impor limites à indenização:

Cumprir mencionar, ainda, que a Constituição Federal não impõe qualquer limite ao valor das indenizações, sejam elas por dano moral ou material. Assim, se a Carta Magna garante a indenização por tais danos e não impõe qualquer limite expresso, se o Código não traz qualquer rol de sanções taxativas correspondentes à prática dos mais diversos ilícitos civis, depreende-se plenamente cabível a inserção da condenação ao pagamento de prestação outra, que não para indenizar ou compensar (VAZ, 2009, p. 141).

A questão do limite ao valor da indenização é deveras importante para a análise da possibilidade de aplicação do instituto. Isso porque o art. 944 limita a indenização pela extensão do dano. Neste diapasão, existem autores que defendem que, como o dispositivo permite, por equidade, a redução da indenização, a contrario *sensu*, a indenização também poderia ser majorada em casos de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano acaso fosse constatada a culpa grave no cometimento do ato ilícito. Esse é o pensamento de Fachinni:

Acreditamos, porém, que o referido parágrafo único tem suficiente potencial para, futuramente, através de uma interpretação sistemática e evolutiva, sofrer uma exegese ampliadora, vindo a albergar também a possibilidade de se conceber uma indenização superior ao montante dos danos, quando patente a desproporção entre a intensidade da culpa e o valor dos danos. Uma tal possibilidade representaria a adoção, entre nós, das *penas privadas* (FACHINNI, 2006, p. 205).

Destaca-se que a majoração da indenização está diretamente relacionada aos *punitive damages*, na medida em que o instituto tem o objetivo de prevenção e punição. Para alcançar esse desiderato, mister que a indenização seja superior aos danos verificados, pois só assim restaria configurada a *deterrence* (prevenção) e o *punishment* (punição).

Para justificar essa necessária majoração da indenização para se atribuir o caráter preventivo e sancionatório à indenização, os doutrinadores que sustentam que os *punitive damages* são tipicamente danos morais, como Sérgio Cavalieri e André Gustavo, defendem que a regra instituída pelo parágrafo púnico do art. 944 não se aplica aos danos morais e, logo, também não se aplicaria aos *exemplary damages*:

Cabe indagar se a regra do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que prevê a possibilidade de redução do quantum indenizatório se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, é aplicável à reparação do dano moral. Como esta espécie de dano sempre atinge a dignidade humana em alguma de suas expressões, a redução da indenização representaria uma inadmissível forma de restrição ao princípio constitucional da dignidade. Assim, aquela regra deve ser tida como aplicável exclusivamente à indenização do dano material (ANDRADE, 2009, p. 311).

Outro argumento bastante utilizado para justificar uma punição de caráter civil – justamente, a tônica dos *punitive damages* – é a de que existem outras penalidades civis, ou institutos típicos de Direito Civil, de indisfarçável caráter punitivo, assim como ocorre com as *astreints* (art. 461 e 461 – A, do Código de Processo Civil), os juros de mora, a cláusula penal (art. 416 do Código Civil), as arras (arts. 418 e 420 do Código Civil), o pagamento em dobro (art. 940 do Código Civil) e a multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011), aplicável ao sucumbente que não cumpre voluntariamente a sentença condenatória. Ademais, duas outras penalidades punitivas de caráter civil encontram-se no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011): a restituição em dobro (parágrafo único do art. 42) e a multa prevista no art. 57, graduada de acordo

com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

Das considerações acima delineadas, pode-se extrair que os principais argumentos que os defensores da aplicabilidade dos *punitive damages* se utilizam são: o princípio constitucional da dignidade humana, a prevenção e a punição de atos ilícitos (previstas constitucionalmente), a inexistência constitucional de limitação ao valor da indenização, a não aplicação do parágrafo único do art. 944 em relação aos *punitive damages*, a existência de outras penalidades de caráter civil no ordenamento jurídico brasileiro, o grau de culpa da conduta e a possibilidade de majoração da indenização por equidade, à luz do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. Além desses, existem os danos eficientes.

O tema em questão envolve diversas controvérsias. Existem doutrinadores contra a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque serão postas no item seguinte as posições divergentes e seus argumentos desfavoráveis à importação dos *exemplary damages*.

Posteriormente, todos esses argumentos, tanto os favoráveis quanto aqueles desfavoráveis, serão objeto de análise perfunctória e técnica, para que ao final do trabalho seja possível extrair uma conclusão acerca da possibilidade ou da impossibilidade da aplicação da teoria do desestímulo.

### **3.8.1 Argumentos contrários à aplicação dos *punitive damages***

Um dos primeiros autores a tratar da responsabilidade civil decorrente de danos extrapatrimoniais foi Wilson Melo da Silva. O renomado jurista também foi um dos precursores da aplicação dos danos morais. Ele muito contribuiu em sua obra *O Dano Moral e sua Reparação*. Entretanto, atualmente, representa uma corrente minoritária que ainda defende o caráter eminentemente reparatório ou compensatório da indenização:

Teria, assim, a reparação, de um modo geral, um caráter nitidamente compensatório, caráter esse que mais se acentuaria na reparação dos danos extra patrimoniais. Que a indenização mandada pagar, pelo juiz, na reparação dos danos morais não seja, verdadeiramente, uma pena privada, cremos não se poder duvidar (SILVA, 1969, p. 435-436).

Pontes de Miranda também afirmou o caráter meramente compensatório dos danos morais:

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não se há de basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada (argumento repelível de L. Huguenev, *L'Idée de peine privée*, 154). O fundamento – no direito contemporâneo – está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível, e a técnica legislativa, partindo da causalidade, há de dizer qual o critério, na espécie, para se apontar o responsável. A restituibilidade é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança (MIRANDA, 2008, p. 261-262).

Corroborando a tese de que a indenização é meramente reparatória, Humberto Theodoro Júnior também se mostra contra o caráter punitivo ou preventivo da indenização:

Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*. A ele se deve recorrer apenas à título de critério secundário ou subsidiário, e nunca dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 47).

Em posição contrária à de Caroline Vaz, Roberto Gonçalves pondera que a inexistência de previsão legal na verdade impediria a aplicação da teoria do desestímulo: “A adoção do critério das *punitive damages* somente se justificaria se estivesse regulamentado em lei, com a fixação de sanção mínima e máxima, revertendo ao Estado o quantum da pena” (GONÇALVES, 2010, p. 401-402). Também Humberto Theodoro (2010) ressalta que, diante da inexistência de previsão legislativa, não poderá o juiz determinar qualquer penalidade neste sentido, pois se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo ao juiz cível somente tocaria impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima. Nada mais.

Na obra “*Danos à Pessoa Humana*” Maria Celina Bodin de Moraes critica a adoção genérica do instituto, argumentando que a legislação não dispõe de regras neste sentido, sendo desfavorável à sua aplicação sem critérios definidos, sob pena de incidência de um caráter penalista:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-se ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine*

*lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal (MORAES, 2009, p. 260).

Nesta linha de raciocínio, a mesma autora, na mesma página, pondera ainda que se o dano provocado também se caracterizar como um crime pode ocorrer uma dupla punição:

A este respeito, é de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis tem potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal (MORAES, 2009, p. 260).

Também é esse o posicionamento de Adriano Stanley Rocha Souza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais:

Portanto, diferentemente do que ocorre no sistema anglo-saxão, a nossa sentença cível não pode cumular a função punitiva. Caso isto ocorresse, haveria um verdadeiro *bis in idem*, já que o causador do dano estaria sendo condenado a pagar duas vezes por um mesmo fato (SOUZA, 2009, p. 260).

Da mesma forma que Maria Celina, ele ressalta que a aplicação do instituto fere o princípio da legalidade penal:

Consistiria, ainda, em atentado ao princípio da tipicidade penal, haja vista que uma sentença cível, com efeitos penais, poderia impor penas por práticas de atos não tipificados como crime, o que resultaria em séria agressão às mais profundas bases de nosso ordenamento jurídico. (SOUZA, 2009, p. 261).

Outro argumento bastante invocado pelos doutrinadores desfavoráveis à aplicação do instituto apóia-se no denominado “enriquecimento da vítima”. Isso porque, aplicando o caráter punitivo e preventivo à indenização, tem-se que a indenização a ser recebida pela vítima seria mais do que o necessário e suficiente para compensar o dano que sofreu — ou seja, além de sua extensão. Alguns operadores do direito denominam essa consequência não apenas de

“enriquecimento”, mas também de “enriquecimento sem causa”, “enriquecimento indevido” ou “enriquecimento ilícito”.

Maria Celina Bodin de Moraes (2009) é uma das vozes que mais se baseia na questão do enriquecimento da vítima para se posicionar contra a aplicação do instituto no Brasil. Argumenta que, sob o ponto de vista econômico, a vítima sairia, nesses casos, enriquecida, na medida em que estaria recebendo necessariamente mais do que a compensação que o dano demandaria.

Na mesma linha de raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves também sustenta que o ofendido não poderá receber mais do que a extensão do dano:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento (GONÇALVES, 2010, p. 401).

Em que pese as controvérsias acerca da aplicação da regra contida no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2011), que reza que a indenização se mede pela extensão do dano, e da regra do respectivo parágrafo único, que dispõe acerca da redução do valor da indenização — ou seja, se estas regras são aplicáveis tanto aos danos materiais quanto aos morais e, ainda, se seriam aplicáveis tanto nos casos de responsabilidade objetiva, contratual ou extracontratual, o que será analisado ao final do trabalho —, percebe-se que alguns autores utilizam essas regras como empecilho à aplicação da indenização punitiva.

Esse argumento é utilizado por Maria Celina e por Carlos Roberto. Ou seja, sendo a indenização medida pela extensão do dano e tendo sido mencionado no dispositivo apenas a redução, não estaria o magistrado autorizado a majorar o valor da indenização:

Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo “reduzir”, e não o verbo “ponderar”, o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo (MORAES, 2009, p. 297).

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves: “É sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também no arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante” (GONÇALVES, 2010, p. 401).

Tem-se, ainda, o argumento de que um permissivo legal poderia acarretar uma “avalanche” de ações de caráter punitivo, assim como ocorreu com os danos morais após sua ampla aceitação, fato para muitos denominado de “indústria do dano moral”, ou, ainda, a “mercantilização da justiça”, o que poderia abarrotar ainda mais o Poder Judiciário, conforme sustenta Humberto Theodoro (2010).

Os defensores da não aplicabilidade do instituto da teoria do desestímulo invocam ainda que a indenização punitiva poderia significar um risco de produção de resultados economicamente danosos, utilizando-se, para tanto, da análise econômica do Direito. Para eles, a condenação das empresas ao pagamento de um alto valor a título de punição significaria o repasse dos custos aos consumidores e ainda poderia acarretar a respectiva falência empresarial, o que seria contrário à finalidade social da empresa, hoje invocada pelo Direito Comercial, além da demissão de empregados, desencorajando a iniciativa econômica. Essa é a posição de Humberto Theodoro:

O custo Brasil, destarte, se agrava por obra de tal postura jurisprudencial. É uma ilusão pensar que se podem extrair do meio produtivo reparações mirabolantes sem que isto deixe de influir sobre a economia nacional. O mundo econômico é formado por vasos comunicantes. Tudo o que se exige de sacrifício dos meios de produção transforma-se *incontinenti* em custos dos bens produzidos. Quem irá responder por esses custos majorados é a sociedade consumidora como um todo. Se o empresário onerado não conseguir repassar o custo para os preços finais, seu negócio se arruinará, e mais uma vez quem suportará a consequência mais grave será a sociedade, porque do desestímulo à produção lucrativa decorrem, imediatamente, o fechamento de empresas, a redução de empregos e a escassez de produtos indispensáveis (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 88).

### **3.8.2 Argumentos dos argumentos favoráveis ao instituto**

O primeiro argumento a ser analisado apóia-se no princípio constitucional da dignidade humana como justificativa para aplicação dos *punitive damages*. De fato, o ser humano passou a ser o principal enfoque do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição da República. Atualmente,

aumentaram significadamente os casos que englobam a responsabilidade objetiva, assim como aqueles que envolvem danos coletivos, principalmente a partir do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2011).

Ademais, conforme visto no item relativamente aos danos morais, a dignidade humana é hoje a principal figura para sua caracterização, privilegiando-se a honra, a intimidade e a liberdade, dentre outros atributos do ser humano. Assim foi que os danos morais foram tomando forma no ordenamento pátrio. Hoje, a melhor definição foi aquela formulada por Maria Celina Bodin Moraes (2009) e analisada no item referente aos danos morais no sentido de que a cláusula geral de tutela da personalidade instituída, cuja fonte é a Constituição Federal, é diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a análise da questão da aplicação do instituto da dignidade humana mostra que basta a suposição de uma situação, ainda que corriqueira, para que ela caia por terra e não possa servir de argumento para a aplicação dos *punitive damages*. Trata-se do também já analisado dano eficiente, praticado por grandes empresas, por meio do qual essa pessoa jurídica, fabricante de produtos de consumo, coloca no mercado produtos defeituosos, os quais, apesar de sua irregularidade, não chegam a acarretar danos individuais.

Ora, colocando em risco a integridade física dos consumidores, no intuito de aumentar os lucros, mesmo que o produto não cause efetivamente danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, a aplicação da teoria do desestímulo poderia se concretizar para uma efetiva punição. Entretanto, não há que se falar em dignidade humana neste caso, na medida em que ela não foi violada concretamente. Daí porque tem-se que não é em toda e qualquer situação que se pode invocar a dignidade humana como argumento para a aplicação da teoria do desestímulo. Isso não quer dizer que a dignidade humana não pode ser invocada em danos coletivos. Como exemplo, pode-se citar o caso de uma construtora de casas populares que prometeu a entrega das unidades para determinado prazo, mas não o cumpriu. Aqui, sim, justifica-se invocar a dignidade humana.

No que diz respeito ao caráter punitivo da indenização na responsabilidade civil, tem-se que realmente deve estar presente na fundamentação da sentença ou do acórdão. Essa é uma das novas tendências não só do Direito, como de toda a sociedade, que clama por mudanças no sistema da responsabilidade civil.

Em verdade, trata-se de um resgate das penas instituídas em face de um dano particular, como bem esclareceram Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler (2005) no artigo “Usos e abusos da função punitiva”, no sentido de que a punição já existia em Roma, por meio da *actio*. Segundo as autoras, os ilícitos contra a pessoa ou seus bens diferenciavam-se dos delitos públicos, os crimes; isto é, as infrações ao Estado e à paz do reino. Para os casos privados, o Estado assegurava à vítima o direito de intentar uma *actio* para a condenação do agressor, que se via obrigado a pagar determinada quantia como pena. Ou seja, tratava-se de uma sanção (ou punição) a um ato privado. Logo, impingir um caráter sancionatório à responsabilidade civil nada mais seria do que resgatar as penalidades civis existentes em Roma e percussoras de nosso Direito.

No que tange à aplicação do instituto como prevenção à prática de novos atos ilícitos, esse caráter também se justifica a partir de uma necessidade social, no sentido de cientificar os cidadãos destinatários das normas legais de que a prática daquele ato ilícito deve ser inibida a todo custo, evitando, assim, o acúmulo de milhares de ações de natureza indenizatória nos Tribunais.

Diante das análises acima, pode-se concluir também pela necessidade de se avaliar o ofensor e sua conduta, para fins de mensuração da indenização. Isso porque, para que a punição e a prevenção a atos ilícitos sejam efetivamente implantadas, mister se faz analisar a gravidade da conduta do ofensor e suas condições econômicas.

Conforme já ressaltado, para que se configure uma verdadeira punição, a indenização há de ser correspondente ao ato praticado e à capacidade econômica do agente. Cabe aqui invocar mais uma vez a máxima de que se deve tratar os desiguais de maneira desigual. Dessa forma, uma pessoa afortunada deveria ser condenada ao pagamento de uma indenização de acordo com suas condições, sob pena de arcar com um pagamento que para ela seria irrisório. Nesse sentido, uma conduta considerada mais grave ou mais danosa deve ser apenada com mais rigor do que aquela que não trouxe maiores consequências danosas. Dessa forma, a justiça social seria cumprida, na medida em que os ilícitos mais graves (com elevado grau de culpa) receberiam uma punição mais severa, observando-se, ainda, a capacidade econômica do ofensor para fins de fixação da indenização.

Já no que diz respeito aos argumentos de que a Constituição da República prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça a direito e

que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, tem-se que não são plausíveis, pois se trata de direitos gerais que necessitam de regulamentação, não cabendo ao operador do Direito invocar sua aplicação enquanto lei posterior não os disciplinar.

### **3.8.3 Análise dos argumentos desfavoráveis ao instituto**

Talvez o ponto mais controvertido acerca da aplicação dos *punitive damages* no Brasil seja o aspecto do enriquecimento da vítima. Conforme já visto, alguns autores se referem ao “enriquecimento sem causa”; outros, ao “enriquecimento indevido”; e, ainda, outros, ao “enriquecimento ilícito”, como impeditivos à aplicação da teoria do desestímulo.

Inicialmente, destaca-se que nenhuma das nomenclaturas acima pode ser utilizada para expressar uma quantia recebida por meio de uma decisão judicial, nem mesmo o “enriquecimento injustificado”, como bem observou até mesmo Maria Celina Bodin, que coloca o enriquecimento como um óbice aos *punitive damages*:

Pior, o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – o que diz tratar-se de evitar enriquecimento sem causa – parece configurar um mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, arbitrando dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado (MORAES, 2009, p. 302).

De fato, não há falar em enriquecimento sem causa, indevido ou ilícito, sendo a indenização fixada pelo Poder Judiciário. Pode-se falar, sim, em enriquecimento, pura e simplesmente.

Como justificativa para o recebimento da indenização punitiva, há quem defenda que se trataria de um mal necessário. Ou seja, é preferível a vítima receber um *plus* pelo dano sofrido do que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica.

Ora, de fato, tratando-se de cometimento de ato ilícito por uma grande empresa, em face de um consumidor hipossuficiente, justifica-se o impedimento à obtenção de lucro por parte da empresa. E aqui, sim, poderia se falar em enriquecimento indevido, sem causa ou ilícito, mas por parte da pessoa jurídica. Daí porque realmente seria preferível que a vítima obtivesse a indenização punitiva, obstando que a empresa se beneficiasse e a punindo, além do caráter preventivo.

Entretanto, como proceder nos casos nos quais o ofensor não objetivou o lucro ou enriquecimento ? Nesses casos, a indenização punitiva não se justificaria?

Uma solução encontrada por alguns autores e, até mesmo, por alguns estados dos Estados Unidos da América é a destinação da indenização punitiva a uma entidade pública ou privada de interesse público relacionada ao bem jurídico afetado. Para tanto, sustentam esses autores que a indenização punitiva seria um *plus*. Ou seja, caberia ao Poder Judiciário “dividir” a indenização, ressaltando a parte tocante à indenização reparatória/compensatória daquela destinada à punição/prevenção. Em que pese a essa posição solucionar a controvérsia acerca do enriquecimento da vítima, poderia causar outra indagação — qual seja, a de que o ofensor seria punido duplamente pelo mesmo ilícito, em sede de Direito Civil.

Ainda, utilizando-se desse argumento, encontraria ainda outro óbice. Isso porque a única legislação que permite a aplicação de multa em dinheiro para casos de responsabilidade civil no Brasil é a Lei 7.357, de 1985 (BRASIL, 1985). Denominada Lei da Ação Civil Pública, seu art. 13, dispõe que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais. Entretanto, a legitimidade para propositura da Ação Civil Pública encontra-se disposta no respectivo art. 5º, e a pessoa física não possui essa legitimidade. Logo, por desdobramento lógico do raciocínio, pode-se concluir que a indenização prevista na Lei de Ação Civil Pública somente pode ser requerida pelas pessoas legitimadas, e não por uma pessoa física. Ademais, essa lei disciplina apenas acerca da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, não abarcando os danos individuais.

Outra questão há de ser analisada para fins da aplicação da indenização punitiva: o ato ilícito praticado por uma pessoa física em face de outra e sem a finalidade de obtenção de lucro.

Então, qual o caminho a ser seguido para a indenização nos casos nos quais não se aplicaria a Lei 7.357 ?

Realmente, por qualquer ângulo que se analise a controvérsia, fato é que o enriquecimento da vítima pode sempre ser invocado, pelo que caberia aos operadores do Direito encontrar uma solução para o deslinde da matéria, o que será proposto ao final do trabalho, uma vez que o enriquecimento da vítima é, sim, um

óbice à aplicação da indenização punitiva, mas há de se encontrar caminhos para que assim não seja.

No que tange às argumentações no sentido de que o instituto em questão seria uma clara aplicação do Direito Penal, configurando o *bis in idem* ou ferindo o princípio *nulla poena sine lege*, tem-se que a teoria do desestímulo não se trata de aplicação do Direito Penal, assim como a respectiva inserção no ordenamento não feriria o princípio da vedada dupla punição e tampouco o princípio de que não há crime sem pena anterior que o defina.

Para uma melhor análise, tem-se que a regra esculpida no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Segundo o magistério de Damásio de Jesus,

[...] tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador (JESUS, 1998, p. 51).

Judith Martins-Costa (2005) e Paolo Gallo (1997) já afirmavam que o instituto dos *punitive damages* pode ser considerado um retorno das penas privadas existentes em Roma, no âmbito civil, uma vez que naquela época cabia ao Direito Penal apenas condutas contra o Estado, a ordem pública e a paz do rei.

Ademais, tem-se que ao Direito Penal cabe se preocupar com os ataques ou ilícitos mais graves ou intoleráveis, pois para outros casos nos quais não se justifica uma penalidade de privação de liberdade há de incidir o Direito Civil, pois a tutela penal deve ser reservada para fatos que efetivamente sejam violadores da paz social.

Alguns autores veem na punição civil uma alternativa ao Direito Penal, na medida em que a pena privada corresponde a uma profícua saída à justiça criminal, que supera a bitola indenizatória, como bem analisou o professor Nelson Rosenvald:

É fato que o direito penal contemporâneo quer se justificar como *extrema ratio*. A sua atuação será subsidiária, para hipóteses em que a via administrativa e a cível forem insuficientes, quando não houver outro

remédio. Confia-se ao direito privado tarefas que antes eram privativas do direito penal. Existem comportamentos antijurídicos que não são graves ao ponto de merecer a tutela penal, mas que não podem se curvar ao mero plano reparatório. A pena privada ingressa aqui como uma terceira via, conferindo efeito dissuasivo à responsabilidade civil (ROSENVALD, 2009, p. 632).

Pode-se considerar, então, que a aplicação da teoria do desestímulo é uma penalidade civil, assim como outras, aqui já mencionadas, como as *astreints* e a multa contratual. E, sendo considerada uma penalidade civil, não há falar-se na aplicação do princípio da *nulla poena sine lege*. Neste diapasão, não seria crível invocar que todo e qualquer ato ilícito passível de responsabilidade civil deveria constar de um rol de ilicitudes. Isso porque seria impossível ao legislador prever e estipular toda e qualquer conduta passível de indenização, ou de aplicação dos *punitive damages*, na medida em que atualmente os danos praticados são inúmeros, incontáveis e, portanto, impossíveis de serem elencados taxativamente. Ou seja, a multiplicidade e a complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas que, certamente, não seria possível enumerar previamente e taxativamente todas as condutas comissivas ou omissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral ou *punitive damages*. Dessa forma, as razões para a existência do princípio *nulla poena sine lege* espraiam-se exclusivamente na área criminal do Direito, não havendo porque ampliá-la para o viés civilista, uma vez que deve ser aplicado somente nos casos de privação de liberdade, recaindo a pena sobre a pessoa, diferentemente da seara cível, na qual a pena recai sobre o patrimônio da pessoa. Vale ressaltar que, atualmente, só se aceita uma hipótese de prisão na seara civil, qual seja, a de não pagamento de pensão alimentícia.

No que se refere ao alegado *bis in idem*, deve-se invocar o art. 935 do Código Civil (BRASIL, 2011), que estipula que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar a existência do fato ou quem seja o autor quando estas questões se acharem definidas na seara criminal. Isso quer dizer que vige o princípio da independência das instâncias, podendo incidir a responsabilidade civil e criminal quanto ao mesmo fato e, até mesmo, a responsabilidade administrativa. Basta exemplificar com o crime de lesão corporal previsto no Código Penal (BRASIL, 2002), hipótese na qual o agente será apenado com pena restritiva

de liberdade (observadas as disposições da Lei dos Juizados Especiais), além de poder ser condenado a reparar o mal causado na esfera cível.

Também não há que se falar em dupla penalidade, pois, da mesma forma, o Direito Penal prevê para alguns crimes, além da restrição de liberdade, o pagamento de pena pecuniária em favor do Estado, não havendo incidência de dupla punição.

### **3.8.4 Análise dos argumentos comuns**

A falta de previsão legal da teoria do desestímulo e a não imposição de limites à indenização pela Constituição Federal ou por outro diploma são utilizadas tanto pelos defensores do instituto quanto pelos desfavoráveis à sua aplicação.

Ora, a falta de previsão legal para aplicação do instituto não pode ser invocada como permissão, pois não cabe ao operador do Direito criar normas, e sim interpretar aquelas existentes, seja por meio da interpretação gramatical, teleológica, restritiva ou literal. A simples aplicação de um instituto, seja alienígena ou criado por doutrinadores nacionais, sem qualquer menção legal, colocaria em risco toda a segurança jurídica. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário legislar.

O argumento de que a Constituição Federal da República não impõe limites à indenização, e por isso seria possível a aplicação da teoria do desestímulo, também não pode ser invocada como permissão, pois a não imposição de limites não justifica a aplicação de indenização não prevista, a qual seria desarrazoada.

Essa questão há de ser analisada à luz do Código Civil, e não da Constituição da República, conforme será exposto próximo item.

## **3.9 O art. 944 do Código Civil e a extensão do dano**

Acerca da mensuração dos danos, Pontes de Miranda já preconizava que devem ser limitados:

1. Dano e extensão do dano. O que se há de indenizar é todo o dano. Por 'todo dano' se não de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo o que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor. Não se distinguem, na determinação do dano, graus de culpa, nem qualidade das causas que concorreram. Em todo caso, sistemas jurídicos conhecem indenizações de máximo e atendem, no tocante à indenização do dano não patrimonial, à maior culpa dentre os ofensores. Ao princípio da indenizabilidade de todo dano sofrido

junta-se o princípio da limitação da reparação do dano sofrido. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais (MIRANDA, 2003, p. 70-71).

Lamentavelmente, a maioria das obras publicadas acerca dos *punitive damages* não menciona a regra contida no art. 944 do Código Civil e o respectivo parágrafo único (BRASIL, 2011). Quando a mencionam, não atribui a importância necessária para a análise da possibilidade de inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, para se chegar a qualquer conclusão sobre o tema, o referido dispositivo há de ser analisado detidamente, pois ali estão inseridos os critérios para o arbitramento da indenização. Daí porque o tema é colocado em destaque, diante de sua suma importância para a conclusão do trabalho.

Para concluir se o ordenamento pátrio permite a aplicação do instituto (em que pese a sua necessidade, conforme já exposto), mister esclarecer se os critérios adotados pelo legislador brasileiro podem ser utilizados para a caracterização e aplicação das funções preventiva e dissuasória, inerentes ao instituto ora em análise. Isso porque, levando-se em conta a culpa, leve ou levíssima do agente, o legislador quebrou uma longa tradição civilista, atribuindo importância à culpa para definição da indenização.

Neste diapasão, o *caput* do art. 944 dispõe: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2011, p. 353). Ou seja, a regra geral é que, qualquer que seja a natureza da indenização decorrente de responsabilidade civil, deverá o magistrado verificar a extensão do dano ocorrido, para então arbitrar o valor da indenização.

Apesar de transparecer uma novidade, pois o Código de 1916 não dispunha de regra nesse sentido, trata-se de um posicionamento há muito acatado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que corresponde à clássica função reparatória da responsabilidade civil e trata-se do princípio da *restitutio in integrum*.

O respectivo parágrafo único reza: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2011, p. 353).

Ou seja, como regra geral, mede-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa. Entretanto, em casos de culpa leve ou levíssima, deve o juiz reduzir o valor da indenização. Daí a importância atribuída à culpa.

Logo, conclui-se que, de fato, o legislador permitiu ao magistrado reduzir o valor da indenização. Inclusive, pode-se dizer que não apenas permitiu, mas estabeleceu que obrigatoriamente deve-se reduzir o montante em casos de culpa leve ou levíssima. Isso significa que, de acordo com a regra estabelecida, ocorrendo uma dissintonia entre o dano e a indenização, deve o juiz priorizar a indenização em prejuízo do dano, o qual, eventualmente, pode deixar de ser reparado, em parte. Significa ainda dizer que a legislação priorizou a vítima e descartou qualquer mensuração a ser feita tendo em vista a figura do agente, contrariamente às novas tendências da responsabilidade civil, já analisadas.

E aqui chega-se ao principal questionamento do trabalho: estaria o magistrado livre para majorar a indenização em casos contrários? Ou seja, poderia o juiz elevar o valor da indenização se o ato ilícito fosse cometido com base em culpa grave ou gravíssima, fixando-a de forma superior à extensão do dano? E, mais, estaria o magistrado permitido a analisar outros critérios além dos estabelecidos para fins de fixação da indenização ?

Este é o ponto crucial do trabalho, pois os *punitive damages* se caracterizam por uma indenização que vai além da extensão do dano, uma vez que somente dessa forma é que seria possível impingir um caráter punitivo e preventivo, pois se o agente for penalizado apenas no que diz respeito à extensão do dano ele estaria simplesmente reparando, ou ressarcindo, ou, ainda, compensando o dano que praticou.

Lado outro, acaso condenado ao pagamento de uma quantia que representasse mais do que a extensão do dano, aí, sim, estaria sendo punido pela conduta ilícita e, mais, restaria impingido aos demais cidadãos que tal conduta deve ser prevenida.

Aí reside o questionamento central: seria possível, ou permitida, tendo em vista as disposições legais sobre o tema, a fixação de uma indenização majorada tendo em vista a gravidade da culpa do agente e sua capacidade econômica? E, ainda, existiriam outros critérios que permitiriam o arbitramento da indenização que não a extensão do dano?

A partir deste ponto, analisam-se esses questionamentos. Entretanto, antes de adentrar nesse mérito, faz-se necessária outra análise, qual seja, se a regra insculpida no caput e no parágrafo único do art. 944 do Código Civil se aplicaria a todo e qualquer tipo de responsabilidade. Ou seja, se seria aplicável à

responsabilidade contratual, à responsabilidade extracontratual, à responsabilidade objetiva, à responsabilidade subjetiva, e, até mesmo, aos danos extra patrimoniais?

Inicialmente, vale destacar que a regra ora discutida se aplica, sem maiores questionamentos e dificuldades, aos danos materiais, na medida em que os prejuízos passíveis de serem mensurados pecuniariamente devem ser ressarcidos plenamente, na medida exata de sua extensão, em que pese a eventualmente necessitarem de liquidação, seja por artigos, por arbitramento ou por simples cálculos.

Já no que se refere aos outros tipos de danos decorrentes de responsabilidade objetiva, contratual e por danos morais, opta-se por desmembrá-los abaixo.

### **3.9.1 Responsabilidade contratual**

Dúvidas não pairam de que aos danos contratuais aplica-se o disposto no art. 944, uma vez que em matéria contratual os termos, as condições, os encargos e as penalidades fazem lei entre as partes. Dessa forma, todo e qualquer dano advindo de uma relação contratual deve ser fixado tendo em vista as disposições do respectivo contrato. Ademais, os danos materiais e os eventuais lucros cessantes sofridos por uma das partes são previstos contratualmente, sendo a fixação do valor mensurada de acordo com sua extensão.

Corroborando essa posição, cita-se apenas os dizeres de Maria Celina no sentido de que para muitos autores da matéria o dispositivo legal só seria aplicável em casos contratuais:

Há quem sustente que tais dispositivos somente se aplicariam em caso de responsabilidade contratual. No entanto, nada autoriza, no Código promulgado, tal interpretação. O artigo 1.060 do Código Civil de 1916 encontra-se praticamente transcrito no 403 do novo Código (MORAES, 2009, p. 297).

### **3.9.2 Responsabilidade extracontratual**

Esta seção tratará da análise acerca da aplicabilidade do art. 944 nas hipóteses envolvendo a responsabilidade extracontratual nas formas objetiva e subjetiva.

### **3.9.3 Responsabilidade objetiva**

A responsabilidade civil objetiva independe da caracterização de culpa por parte do agente, sendo ele responsabilizado apenas e tão somente pela ocorrência de lesão a outrem. Encontra-se disposta nos arts. 927 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2011), bem como em legislações esparsas e na Constituição Federal (BRASIL, 2011), que disciplina a responsabilidade civil do Estado.

Apesar de as opiniões doutrinárias divergirem quanto à aplicação do parágrafo único do art. 944 no que se refere aos casos de responsabilidade objetiva, é de se destacar o posicionamento do Poder Judiciário, que se firmou durante a I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, em setembro de 2002, pelo Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Enunciado 46:

A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2002).

De fato, alguns dos critérios já analisados não serão sopesados para fins de caracterização da responsabilidade objetiva, como a culpa e a conduta do agente. Entretanto, outros aspectos devem ser considerados, como a condição econômica. Certamente, a extensão do dano também há de ser analisada, pois o dano tem que ser indenizado plenamente. Ou seja, mesmo se tratando de responsabilidade objetiva, tem-se que a vítima receberá a indenização de acordo com o dano que sofreu, na medida exata de sua extensão, como não poderia deixar de ocorrer, além de ser observado o critério do nível econômico, como dito.

No que se refere à desproporção entre a gravidade da culpa do agente e o dano (parágrafo único), de fato, não pode ser aplicado à responsabilização objetiva pelo simples fato de que não se perquire o grau de culpa do agente para fins de caracterização dessa responsabilidade. Isso quer dizer que, agindo com culpa leve ou grave, deverá o agente ser condenado à ressarcir ou compensar a vítima, levando-se em consideração apenas a extensão do dano.

### **3.9.4 Responsabilidade subjetiva extrapatrimonial**

Os doutrinadores divergem quando se trata da aplicação da regra do art. 944 do Código Civil em relação aos danos morais. O desembargador André Gustavo (2009), favorável à aplicação da teoria do desestímulo, assim entende: “A regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, por sua vez, é inaplicável ao dano moral, que não tem como ser economicamente mensurado”. Essa também é a posição de Eugênio Fachini Neto:

Saliente-se que o referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida íntima, etc.), também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente (FACHINNI NETO, 2006, p. 204-205).

Contrário a essa posição, Carlos Roberto Gonçalves (2010) sustenta a aplicabilidade da regra para a mensuração dos danos morais: “É sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral”.

Vale também destacar que, de acordo com o arcabouço legal, a indenização (não se tratando de danos materiais, pois esses se medem na sua exata dimensão) há de ser arbitrada livremente pelo juiz, uma vez que não possui limites, levando-se em conta, certamente, os critérios estabelecidos, sendo o valor definido ao seu livre arbítrio. Entretanto, esse livre-arbítrio deve ser conjugado com alguns fatores, como a razoabilidade, a proporcionalidade e a prudência. Os demais critérios a serem observados para a fixação dos danos morais os doutrinadores são praticamente unânimes. Opta-se aqui pela utilização dos critérios propostos por Carlos Roberto:

Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fato de atenuação da responsabilidade do ofensor. Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito (GONÇALVES, 2010, p. 399).

Entretanto, nenhum argumento é capaz de sedimentar a posição de que aos danos morais não se aplicaria a regra incerta no art. 944. Mesmo em se tratando de

dano moral puro — leia-se, aquele que não necessita de uma carga de punibilidade ou prevenção, o dano sofrido, em que pese a ser, muitas das vezes, imensurável para quem o sofreu, há de ser conjugado com sua extensão, conforme a regra do art. 944. Para tanto, basta trazer à baila que nem todos os danos são iguais. Então, para alguns danos se justifica uma indenização maior do que para outros, por exemplo: em um abalroamento de veículo, ou outro acidente qualquer, se a vítima se vê privada de um dedo, há de ser indenizada de acordo com essa extensão. Lado outro, se essa mesma vítima sofrer a perda de um membro, por exemplo, o braço ou a perna, tem-se que a extensão do dano que sofreu foi efetivamente maior do que o primeiro exemplo. Logo, perdendo um braço ou uma perna, a indenização que deve receber há de ser superior àquela hipótese de perda do dedo. Ou seja, sempre deve-se levar em consideração a extensão do dano sofrido, mesmo em casos de danos morais.

Neste diapasão, além dos critérios clássicos invocados pelos doutrinadores (capacidade econômica das partes, grau de culpa e a reprovabilidade da conduta), deve-se mensurar a indenização por danos morais também pela extensão do dano (art. 944) e reduzi-la em casos de desproporção (parágrafo único).

### **3.10 Os *punitive damages* e os danos morais**

Apesar de já ter sido objeto de considerações, nesta parte do trabalho é interessante abordar novamente o fato de que muitos autores que tratam dos *punitive damages* fazem uma correlação direta de sua ocorrência em conjunto com os danos morais, chegando ao ponto de alguns doutrinadores denominarem o instituto de “dano moral punitivo”.

O civilista André Gustavo entende que para a aplicação dos *punitive damages* é necessária a ocorrência de danos morais. Ou seja, a teoria do desestímulo só seria fixada mediante lesão aos direitos da personalidade:

Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, deve ser reconhecida quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa a algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica (ANDRADE, 2009, p. 262).

Entretanto, não assiste razão ao civilista, pois o dano moral não pode ser considerado como essencial ou como requisito para a configuração de possível aplicação dos *punitive damages*. Vários exemplos permitem verificar que existem inúmeros danos extrapatrimoniais que não merecem a tutela punitiva ou preventiva, e sim apenas a tutela reparatória ou compensatória, principalmente no tocante aos danos coletivos.

Da mesma forma, podem ocorrer danos materiais que caracterizam ou não a necessidade ou possibilidade de aplicação do instituto em questão. Por exemplo, uma grande empresa na área de atuação no ambiente pode efetivamente praticar um ato ilícito em face do meio ambiente, impingindo danos não patrimoniais. Entretanto, não ocorrendo nenhuma violação dos direitos da personalidade, não há que se falar na ocorrência de danos morais. Porém, essa atitude ou prática empresarial pode, sim, ser passível de indenização punitiva e preventiva diante da conduta da pessoa jurídica, principalmente se possuía a intenção de lucro, com base nos *punitive damages*. Assim como este exemplo, podem-se citar diversos outros. A título de ilustração, vale diagnosticar mais um caso. Suponha-se que uma grande empresa fornecedora de produtos fornecidos em massa cometa um erro e esse produto seja colocado no mercado com um defeito. Ora, caso seja detectada a existência do defeito sem que tenha havido qualquer tipo de dano, restando configurada sua clara intenção de lucro e a má-fé na colocação dele no mercado, essa atitude seria passível de indenização punitiva e preventiva para que a empresa fosse efetivamente punida e não mais praticasse aquele ilícito. Entretanto, aqui também não há de falar-se na ocorrência de danos extra patrimoniais.

Logo, conclui-se que os danos morais não podem ser considerados como pré requisito para a aplicação do instituto.

### **3.11 Majoração da indenização**

Cabe aqui analisar se o ordenamento jurídico brasileiro permite que a indenização seja majorada para se impingir o caráter preventivo e punitivo, uma vez que os defensores da aplicação da teoria do desestímulo sustentam que, tendo em vista a gravidade da conduta (culpa grave, gravíssima ou dolo), a repercussão social do dano e a obtenção de lucro por parte do lesante justificariam uma indenização

vultuosa, capaz de, ao mesmo tempo, punir o agente e impedir que ilícitos similares sejam praticados.

Ora, no item “Análise dos argumentos favoráveis ao instituto” foram superadas algumas questões invocadas pelos defensores dessa teoria, demonstrando que os argumentos utilizados não justificam qualquer majoração da indenização.

A questão da dignidade humana, invocada por André Gustavo (2009) e por Caroline Vaz (2009), deve, de fato, ser observada, entretanto, apenas para fins de valorização do ser humano diante do seu semelhante. Ou seja, cabe sua invocação para tratar dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e da personalidade, porém não é suficiente para permitir que o Poder Judiciário dele se utilize para aplicação dos *punitive damages*.

Da mesma forma, já foi detectado que o fato de a legislação não estabelecer qualquer teto para a fixação do montante não justifica a imposição de valores vultosos, os quais seriam desarrazoados.

O papel a ser desempenhado pelo operador do Direito é no sentido de analisar as normas estabelecidas, não cabendo a ele criar regras para situações não previstas, sob pena de se instalar o caos jurídico.

Analisando a regra incerta no parágrafo único do art. 944, Carlos Roberto Gonçalves conclui:

Fora dos casos expressamente previstos, o juiz não pode julgar por equidade. Se a lei não dispõe, expressamente, que a culpa ou o dolo podem influir na estimativa das perdas e danos, o juiz estará adstrito à regra que manda apurar todo o prejuízo sofrido pela vítima, em toda a sua extensão; independentemente do grau de culpa do agente. E, ainda que o resultado se mostre injusto, não estará autorizado a decidir por equidade (GONÇALVES, 2010, p. 424-425).

No mesmo sentido, até mesmo Eugênio Fachini Neto (2006), doutrinador respeitado por seus ideais inovadores no Rio Grande do Sul e defensor da teoria do desestímulo, admite que a legislação não permite ao juiz majorar a indenização tendo em vista a conduta do agente:

Em segundo lugar, pelos seus expressos termos, o mencionado parágrafo único não parece permitir a solução inversa, qual seja, de aumentar o valor da indenização quando a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano for no sentido contrário: a uma intensa culpabilidade corresponder um dano de reduzida monta (FACHINNI NETO, 2006, p. 205).

Entretanto, vale lembrar que o mesmo autor ressalta eventual e futura possibilidade de aplicação do instituto:

Acreditamos, porém, que o referido parágrafo único tem suficiente potencial para, futuramente, através de uma interpretação sistemática e evolutiva, sofrer um exegese ampliativa, vindo a albergar também a possibilidade de se conceber uma indenização superior ao montante dos danos, quando patente a desproporção entre a intensidade da culpa e o valor dos danos. Uma tal possibilidade representaria a adoção, entre nós, do instituto das *penas privadas* (FACHINNI NETO, 2006, p. 205).

Diante de todas as considerações acerca da regra contida no Código Civil, concluiu-se que o Código Civil não se refere à majoração da indenização, mesmo em casos envolvendo condutas mais graves ou dolosas ou nos quais o agente obteve um lucro ilícito.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o arrazoado, tem-se que prepondera no ordenamento jurídico brasileiro a tradicional ideia de que a função da responsabilidade civil se limita à compensação ou ao ressarcimento do dano.

Ao estabelecer que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, o Código Civil (BRASIL, 2011, p. 353) se preocupou tão somente com a figura da vítima, cujo dano se busca deletar ou minorar, não importando a reprovabilidade da conduta do agente ofensor, o grau de sua culpa e tampouco sua condição econômica ou o lucro por ele obtido com a prática do ilícito. Ou seja, configurada a responsabilidade, a indenização deve ser medida pela extensão do dano que causou.

Neste diapasão, pode-se dizer que a responsabilidade civil no Brasil é imparcial, na medida em que não autoriza qualquer valoração da indenização de acordo com a gravidade da conduta ofensiva, o que significa que o valor da indenização não se mede pelo grau de culpa.

O melhor entendimento a ser acatado acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2011) deve ser o de interpretar restritivamente o dispositivo em análise e em conjunto com o *caput*, uma vez que se trata de uma exceção, e não da normalidade, voltado para hipóteses excepcionais de desproporcionalidade manifesta.

Mesmo diante dessas considerações, pode-se dizer que o elemento culpa, um dos requisitos para a configuração do dever de indenizar, é, sim, um dos critérios para avaliar a mensuração dos danos extrapatrimoniais; contudo, apenas para fins de redução, apesar de alguns doutrinadores a elevarem a requisito que permitiria ao juiz também majorar a indenização. Ou seja, a culpa também serviria para fixação do quantum em qualquer caso.

É preciso atentar, todavia, para a circunstância de que, se foi intenção do legislador inserir aspecto de proporcionalidade e razoabilidade neste prisma da responsabilidade civil, de outro lado, não se pode deixar de admitir o intenso grau de insegurança que tal dispositivo pode trazer, notadamente sob o ângulo da vítima, que poderá restar irressarcida ou não integralmente recomposta pela lesão sofrida.

Como solução à crise apontada no decorrer do trabalho, perfila-se com o entendimento de que a indenização há de ser arbitrada adequadamente, como

solução para impingir uma natureza preventiva e sancionatória à responsabilidade civil.

De fato, a melhor situação que se encaixa na fixação do *quantum* é uma “indenização adequada”. Entretanto, não se preocupando tanto com o enriquecimento da vítima. Ora, tem-se que em um ato ilícito cometido em qualquer situação há de ser ponderado e observado o grau de culpa do ato praticado, pois, certamente, para todos os destinatários da norma — ou seja, a sociedade como um todo — uma indenização vultosa derivada de um ilícito praticado com alto grau de culpa (grave ou gravíssima) seria de mais fácil aceitação. Então, seria mais aceitável socialmente que o agente fosse punido exemplarmente, mediante a fixação de uma indenização punitiva; ou seja, adequada ao caso concreto. Lado outro, havendo culpa leve, a sociedade não admitiria a condenação em indenização punitiva, isto é, uma indenização além da extensão do dano.

Tem-se que essa seria a melhor solução para a questão dos valores a serem fixados judicialmente.

Nos casos envolvendo o cometimento de conduta extremamente culposa, seria mais plausível a aceitação do instituto. Conseqüentemente, ao receber essa indenização, acaso a vítima se enriquecesse com tal valor, também seria mais fácil sua aceitação pela comunidade jurídica e, principalmente, por todos os cidadãos. Dessa forma, uma indenização punitiva decorrente da prática de um ato ilícito grave ou gravíssimo se justificaria perante tanto os envolvidos no caso quanto a sociedade. Esse seria o melhor caminho ou solução para a crise da responsabilidade civil envolvendo danos individuais. Conseqüentemente, também seria mais aceitável eventual enriquecimento da vítima, que, nesses casos, receberia uma parcela maior que o dano sofrido, entretanto com a chancela da comunidade como um todo, na medida em que contra ela foi cometido um ilícito grave, caindo por terra assim a alegação do vedado enriquecimento, o qual, nesses casos, não seria ilícito ou sem causa. Ao contrário, seria devido, como um resultado necessário e útil para que o agente do ilícito seja punido perante a sociedade e essa se previna em face de novos ilícitos similares.

Essa “indenização adequada” há de ser fixada, o que se daria por meio da mensuração da culpa, que deve, efetivamente, ser considerada para fins da fixação do valor.

Para se dar um colorido à indenização punitiva, mister analisar, além do grau de culpa do agente, sua capacidade econômica, pois só dessa forma é que restaria configurada uma indenização punitiva e preventiva. Isso porque, acaso uma pessoa afortunada seja condenada ao pagamento de uma soma que seja irrisória para suas condições econômicas, ela não se sentiria punida efetivamente. Lado outro, para se punir uma pessoa de poucas posses, há também de observar sua capacidade, pois a indenização não pode obstaculizar sua vida financeira.

Em suma, a fixação da indenização deve ser proporcional à capacidade econômica do agente do ilícito, valorando a sua culpa ao praticá-lo. Daí porque, para a punição e prevenção do ato ilícito — ou seja, para a aplicação dos *punitive damages* — não importa a situação econômica da vítima, e sim apenas a do ofensor. E, acaso uma vítima, ao receber uma indenização maior do que o dano sofrido, reste configurado seu enriquecimento, pondera-se, mais uma vez, que, em se tratando de ofensa perpetrada com culpa grave ou dolo, certamente, a sociedade aceitaria essa punição mais severa, pois praticada com alto grau de culpabilidade. Ou seja, sendo o ato deveras doloso, grave e danoso, a punição se justifica e seria mais “aceitável”, e também porque adequada ao caso concreto. Logo, teria que ser feita uma escolha: ou a vítima recebe mais do que o devido, eventualmente se enriquecendo, ou o ofensor pagará uma indenização que para ele não surtirá o desejado efeito punitivo e preventivo.

Destaca-se que, para evitar qualquer julgamento *ultra petita*, deve o magistrado se ater ao pedido da vítima, uma vez que lhe é defeso estipular uma quantia maior do que aquela efetivamente requerida.

Diante de todo o exposto, conclui-se que os *punitive damages* não são aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro nos mesmos moldes como ocorre nos Estados Unidos da América, tendo em vista os dispositivos atinentes à matéria que os vedam. Entretanto, são uma alternativa à crise do instituto da responsabilidade civil, havendo a necessidade de sua inserção mediante uma mudança legislativa no sentido de incluir a punição e a prevenção como norteadores para a fixação da indenização, sem, contudo, estabelecer limites. Além dessa mudança, necessário também estabelecer o grau de culpa da conduta e a capacidade econômica do ofensor como norteadores.

Essa necessidade de inserção legislativa da teoria do desestímulo se justifica diante da crise instalada acerca da responsabilidade civil e das novas tendências

reclamadas tanto pelos operadores do Direito quanto pela sociedade e, até mesmo, diante da perceptível crise da moralidade no mundo contemporâneo.

Já no que se refere às críticas recebidas aos *punitive damages* no Direito Anglo-Saxão, elas devem ser observadas para uma escoceita aplicação do instituto no Brasil.

Primeiramente, ao contrário do Direito norte-americano, deve-se proibir a cobertura securitária para casos envolvendo as indenizações punitivas, evitando, assim, que a indenização seja adimplida por terceiro, e sim pelo próprio agente lesante. Além disso, a indenização há de ser sempre fixada pelo Poder Judiciário, também tendo em vista os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, de forma adequada, e não por um júri, que não possui condições técnicas suficientes para tanto. Evita-se, assim, o arbitramento de indenizações injustificáveis e desarrazoadas, as quais devem ser adequadas de acordo com a conduta do agente, a sua capacidade econômica e o lucro obtido com a conduta. E, em se tratando de danos individuais, não devem ser destinadas a qualquer fundo federal ou entidade, e sim à própria vítima, não havendo de se falar em enriquecimento, desde que adequadamente fixada diante do caso concreto, o que seria aceito pela sociedade.

Por último, não pode-se deixar de destacar que as conclusões acima se referem a casos envolvendo condutas ilícitas extremamente culposas ou dolosas e a casos de danos individuais. Isso porque, em se tratando de danos coletivos, difusos ou homogêneos, a Lei 7.357, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, disciplina a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disciplina ainda os danos causados ao consumidor (BRASIL, 1985).

Essa legislação, de fato, pode ser considerada uma forma de punir e de prevenir condutas reprováveis nos casos previstos, pois estabelece uma multa a ser aplicada pelo Poder Judiciário — leia-se, uma multa de caráter civil —, estabelecida no respectivo art. 13, a ser revertida a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais. Entretanto, somente as pessoas legitimadas no art. 5º podem ingressar em juízo: Ministério Público, Defensoria Pública, União, estados, Distrito Federal, municípios, autarquias, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista e associação constituída há pelo menos um ano. Daí porque ela não é aplicável a casos envolvendo danos individuais, mas pode ser aplicada para uma indenização punitiva e preventiva nos casos nela previstos.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- AMERICAN Tort Reform Association. Disponível em: <<http://www.atra.org/show/7343>>. Acesso: em 8 jul. 2011.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UNB, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>> Acesso: em 10 out. 2009.
- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. **Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study**. 2006, 135f. Dissertação (Mestrado em direito comparado). Universidade de Samford, Estados Unidos.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Lei 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis 9.636, de 15 de maio de 1998, e 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 mai. 2007.
- BRASIL. Código civil (1916). **Código civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de defesa do consumidor (1990). **Código de defesa do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de processo civil (1973). **Código de processo civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código penal (1940). **Código penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 dez. 1912.

BRASIL. Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 1919.

BRASIL. Lei 11.945, de 4 de junho de 2009. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jun. 2009.

BRASIL. Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código de telecomunicações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 1962.

BRASIL. Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 fev. 1967.

BRASIL. Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 1974.

BRASIL. Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 1974.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 1962.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 set. 1981.

BRASIL. Lei 7.357, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de julho de 1985.

BRASIL. Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1986.

BRASIL. Medida Provisória 2.220, 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de set. 1985.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça. Troca de cadáveres e dano moral presumido. Agravo Regimental no Ag 1251348 / RJ. 2ª Turma. Ministra Eliana Calmom. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 de mai 2010.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASAGRANDE, Renato. **Projeto nº 413/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/5567854.pdf>>. Acesso: em 8 ago. 2011.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. aum., atual. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Forense, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

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.

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 309, jul. 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutiva sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIÚZA, César Augusto de Castro. **Direito civil. Curso completo**. 14. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIÚZA, Ricardo. **Projeto de lei nº 6.960/2002**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/547348.pdf>>. Acesso: em 8 ago. 2011.

GALLO, Paolo. **Punitive damages in Italy ?**: Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Gallo\\_1997/gallo.doc](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Gallo_1997/gallo.doc)>. Acesso: 08 mar. 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ITÁLIA. Código Civil (1942). **Código civil**. Disponível em <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Attu.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Attu.htm)>. Acesso em 9 de ago. 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 15. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

KANT, Immanuel. **Os pensadores. Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido: Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Victor Civita, 1980.

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**. Trabalho apresentado no colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 2008.
- LOURENÇO, Paula Meira. **Os danos punitivos**. Relatório de mestrado apresentado no Seminário de Direito civil do curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Dano Moral presumido em caso de rompimento de barragem. Apelação Cível 1.0439.07.076250-5/001. 9ª C. Cível. Relator Tarcísio Martins Costa. **Diário de Justiça**, Minas Gerais, 27 de jul 2010.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Veiculação de imagens de familiares. Apelação Cível 1.0079.04.162571-0/001. 11ª C. Cível. Relator Afrânio Vilela. **Diário de Justiça**, Minas Gerais, 7 de jan. 2009.
- MIRANDA, Pontes de. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller Editora, 2003.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das obrigações. 26. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

OWEN, David. **Punitive damages in products liability litigation**. Michigan: Law Review, 1976.

PASSOS, J. J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: PASSOS, J. J. Calmon de. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2007. CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PORTUGAL, Código Civil. **Código civil**. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil>> Acesso: 3 mar. 2011.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa (1974). **Constituição da República**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso: 3 mar. 2011.

REGO FILHO, Vital. **Projeto de lei nº 2497/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/526414.pdf>>. Acesso: em 8 ago. 2011.

REUTERS, Thomson. **Black's law dictionary**. Registered in U.S. Patent and Trademark Office, 1979.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 16, p. 39, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSENVALD, Nelson. A Refundação da Penas Privadas. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TORQUATO, Bruno (Org.). **Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; TORQUATO, Bruno (Org.). **Atualidades IV. Teoria e Prática do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SILVEIRA, Alípio. **Introdução ao direito e à justiça norte-americanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOARES, Orlando. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

**Suprema Corte do Alabama**. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=1>> Acesso: 14 jan. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**. v. 3, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão**. Porto Alegre: Livrar, 2009.