

**MARIA CAROLINA KRUMMENAUER**

***PUNITIVE DAMAGES NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

**CURITIBA**

**2012**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CAROLINA KRUMMENAUER

*PUNITIVE DAMAGES* NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

\_\_\_\_\_  
Prof.  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

\_\_\_\_\_  
Prof.  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

A meu avô, Bruno.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer todos aqueles que fizeram parte destes cinco anos em que tive a oportunidade de realizar o sonho de estudar Direito na Universidade Federal do Paraná parece uma tarefa quase impossível, porém de tamanha importância que não pode ser negligenciada.

Agradeço primeiramente a minha família: a meu pai, Rubens, que sacrificou muito mais do que eu poderia pedir para me permitir estudar em Curitiba, que sempre me apoiou, ainda que de longe, me ligando todas as noites em que estive distante para desejar que eu tivesse uma boa noite; a minha Tia Rita, pelo amor e confiança incondicional em mim; a minha mãe, Lucylene, por toda a compreensão e carinho; a minha irmã, Maria Fernanda, minha maior fã e melhor amiga; a minha avó, Lili, por acender uma vela todas as noites para que eu chegasse bem em casa.

Da mesma forma, agradeço ao meu orientador e referência desde o primeiro dia de aula na Universidade Federal do Paraná, o Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pela paciência e dedicação, corrigindo mesmo as notas de rodapé deste trabalho, auxiliando e orientando da melhor forma, passando sempre tranquilidade e instruções sem as quais este momento não teria chegado.

Ainda, agradeço o Professor Eroulths Cortiano Jr., que no começo deste ano, ao aceitar que eu desenvolvesse o programa de monitoria sob sua orientação, definiu, ainda que involuntariamente, minha trajetória acadêmica e profissional, ao contribuir sempre de forma admirável para a formação de seus alunos.

Por fim, agradeço aos grandes amigos que tive o prazer de conhecer entre as paredes históricas desta Casa centenária e que me ensinaram valores que não podem ser aprendidos em sala de aula, mas somente na convivência de pessoas excepcionais.

## RESUMO

Para aqueles que estudam responsabilidade civil, o tema dos danos punitivos é sempre objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, caracterizando-se por ser um instituto extremamente controverso. A doutrina divide-se em dois grupos, aqueles contrários e aqueles que têm desenvolvido teses admitindo a aplicação da modalidade norte-americana de indenizar. Contudo, o tema versa sobre matérias bastante complexas, de ordem constitucional e infraconstitucional, colocando frente a frente Direito Civil e Direito Penal. A jurisprudência, por sua vez, se alterna entre admissão, velada, e rejeição do efeito punitivo. Assim, surge a questão, “seriam os danos punitivos compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro?”. A partir desta indagação, a presente pesquisa propõe uma análise dos maiores obstáculos levantados pela doutrina quando desta discussão, perpassando pela apreciação de princípios constitucionais a uma breve análise econômica do Direito, apontando, ao fim, o tratamento dado à matéria pela jurisprudência, tendo sempre em vista que o instituto em debate é proveniente da experiência da *commom law* e, portanto, os moldes em que se apresenta nestes países são as primeiras incompatibilidades a serem levantadas.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Danos punitivos. Reparação integral. Indenização. Agentes econômicos. Legalidade. Enriquecimento sem causa. Punição. Prevenção. Retribuição.

## **ABSTRACT**

For those who study civil liability, the issue of punitive damages is always an object of great doctrinal and jurisprudential debates, characterized for being an institute extremely controversial. The doctrine is divided into two groups, those opposed and those who have developed theories admitting the application of U.S. modality to indemnify. However, the theme revolves around most complex matters, constitutional and infra-constitutional law, putting face to face Civil Law and Criminal Law. The judge-made laws, meanwhile, alternates between admission, veiled, and rejection of punitive effect. So, arises the question, "punitive damages would be compatible with brazilian legal system?". From this question, this paper proposes an analysis of the major obstacles raised by the doctrine when about this subject, passing through the appreciation of constitutional principles to a brief economic analysis of Law, keeping in sight, the treatment given to the matter by the law, that the institute object of discussion is originally from the common law experience, and therefore the way it manifests in these countries represents the first incompatibilities to be raised.

### **KEY-WORDS:**

Punitive damages. Full compensation. Indemnity. Economic agents. Legality. Unjust enrichment. Punishment. Deterrence. Retribution.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA</b> .....	11
2.1 DEFINIÇÃO .....	11
2.1.2 Breves apontamentos acerca da mudança da responsabilidade civil para o direito de danos.....	14
2.2 INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À PESSOA .....	16
2.3 O TRATAMENTO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL .....	19
2.3.1 A culpa na responsabilidade objetiva .....	23
<b>3. O DIREITO PENAL E A PUNIÇÃO CIVIL</b> .....	30
3.1 CRITÉRIOS ATINENTES À SANÇÃO ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO .....	30
3.1.1 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal.....	32
3.1.2 Punição e Prevenção na responsabilidade civil .....	35
3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL .....	38
3.2.1 Legalidade penal e indenizações de natureza civil .....	40
3.2.2 Reserva legal e a dignidade da pessoa humana .....	43
<b>4. DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA</b> .....	47
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	51
4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	51
4.3 FUNDOS DIRIGIDOS PELO CONSELHO FEDERAL .....	56
4.4 UMA NOVA JUSTIFICATIVA AOS DANOS PUNITIVOS.....	59
<b>5. COMENTÁRIOS À JURISPRUDENCIA</b> .....	61
5.1 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	61
5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS.....	65
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	70

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando as transformações e novas demandas sociais em conjunto com uma breve análise dos direitos da pessoa humana abrangidos pela categoria dano moral, é possível notar a insuficiência não somente da denominação, mas também do próprio instituto como forma de tutela dirigida a toda extensão daqueles<sup>1</sup>. Desta feita, surgem discussões quanto a necessidade não apenas de categorias específicas para os novos danos à pessoa, mas também de novas formas de buscar a sua reparação integral<sup>2</sup>.

Neste sentido, assevera Eroulths Cortiano Júnior:

“O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de ser na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica (...) pode-se dizer que todo o direito funciona em razão da pessoa humana”.<sup>3</sup>

A Constituição da República tem como corolário a proteção à dignidade da pessoa humana, cuja racionalidade se estende à interpretação de todo o ordenamento jurídico. Nesta toada, o sentido em que se interpreta a modalidade de reparação deste trabalho, por aqueles favoráveis a sua aceitação, seria o de colocar a responsabilidade civil como instrumento preventivo da efetivação de danos, de forma a dissuadir o ofensor ao garantir a uma condenação meramente compensatória também uma faceta desestimuladora, que visa não somente punir o agente causador do dano, mas também desestimular a conduta danosa por meio de prejuízo à competitividade econômica, o que se buscaria atingir pelo arbitramento de valores expressivos às indenizações, tornando a prevenção do dano

---

<sup>1</sup> RÉCIO, Cappelari. *Os novos danos à pessoa*. Na perspectiva da repersonalização do direito, p. 125.

<sup>2</sup> IDEM, p. 134

<sup>3</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. In: *Repensando fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo*, p. 41.

economicamente mais viável do que arcar com os custos por ele gerados, ou seja, gerando prejuízo para aquele que der azo à desídia<sup>4</sup>.

Isto posto, reconhecer o relevante papel que desempenha a responsabilidade civil quando da proteção da dignidade da pessoa humana é medida que se impõe. O presente trabalho, muito embora não pretenda esgotar a análise da questão do poder de mercado nas relações sociais, busca discutir a influência deste caráter econômico na reparação civil por danos eminentemente causados em razão da busca por maximização de lucros, o que poderia levar a um significativo aumento do *quanto debeat* sob a perspectiva dos danos punitivos. No entanto, hodiernamente, não existem parâmetros detalhados para tal decisão, que se encontram a total mercê de escolhas arbitrárias e não fundamentadas. Antes, porém, do debate quanto ao cômputo indenizatório propriamente dito, deve-se escolher pela aplicação ou não do caráter punitivo da indenização.

Partindo de uma análise constitucional do instituto norte americano denominado *punitive damages*, discutir-se-á se haveria a possibilidade de sua aplicação no Direito Civil pátrio, analisando o tratamento legal da responsabilidade civil, de modo a ponderar se seria compatível ou não com esta. Será apresentada ainda a aplicação da categoria pelo Poder Judiciário, perpassando por questões atinentes tanto ao Direito Civil quanto ao Direito Penal, em respeito ao princípio da legalidade, análise que neste trabalho será voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O que se pretende, portanto, é delinear considerações sobre a possibilidade ou impossibilidade de institucionalização de uma função punitiva da responsabilidade civil no Brasil, bem como demonstrar a construção teórica aplicável quando do arbitramento de casos especiais de danos morais, em que poderia haver a necessidade de aplicação de danos punitivos.

Pertinente neste momento a afirmação de Clayton Reis, ao tratar do que julga representar a indenização:

“O verdadeiro sentido da indenização repousa, dessa forma, em um aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Diálogos sobre Direito Civil. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente*, p. 152.

Com efeito, mostra-se necessário repensar algumas categorias da responsabilidade civil, em especial naquelas que se mostram necessárias a configuração do dever de indenizar, mantendo a interpretação e análise sempre voltada para a unidade axiológica da Constituição.

Cumprido esclarecer, ainda, que, extremamente controversa, a indenização punitiva conta com diversos apoiadores, assim como é alvo de diversas críticas, enfrentando mesmo óbices como o da constitucionalidade, tendo em vista que poderia vir a entrar em conflito com o princípio da legalidade. No entanto, a análise que se pretende realizar não poderia se ater unicamente a chamada *disposição topográfica*<sup>6</sup>, de Pietro Perlingieri, ou seja, apenas a codificações e leis, muito embora seu exame seja necessário, a compatibilidade ou não dos *punitive damages* deve ser analisada em relação ao ordenamento jurídico como um todo.

Para atender ao desiderato proposto, este trabalho se estrutura sobre um conjunto de tópicos fundamentais, nos quais se desenvolverá a problematização antes referida.

Assim, principia-se com uma análise do instituto propriamente dito, apresentando sua definição doutrinária, em seguida, serão tecidos alguns apontamentos a respeito do tratamento legal da responsabilidade civil no Brasil, de modo a realizar alguns apontamentos quanto a possibilidade ou não de aceitar os danos punitivos. Em um segundo momento, será analisada a indenização punitiva em confronto com o Direito Penal, explorando principalmente a discussão quanto ao princípio da reserva legal. Essa reflexão dará azo a uma análise econômica do Direito e seus reflexos na polêmica discussão sobre o enriquecimento sem causa, trazendo-se mesmo a reflexão sobre a possibilidade de instituição de fundos dirigidos por conselhos federais ou estaduais que teriam caráter social. Por fim, serão feitos comentários a alguns julgados e apresentados alguns dos parâmetros utilizados para o arbitramento da indenização por dano moral.

---

<sup>5</sup> REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 239.

<sup>6</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 6.

## 2 DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

### 2.1 DEFINIÇÃO

A indenização punitiva surge nos Estados Unidos na década de 70, como forma de reparação do dano moral, em resposta para o que se denominava *products liability*<sup>7</sup>, com indenizações que representavam quantias vultosas em dinheiro, chegando à casa dos milhões de dólares<sup>8</sup>. A reparação do dano moral passa, então, a apresentar natureza tanto compensatória quanto punitiva. No Brasil, como matéria já pacificada, o caráter compensatório atinente à indenização por dano moral encontra sua razão de ser na necessidade de compensar a vítima pelo dano que sofreu, que, por ser de natureza extrapatrimonial não ofereceria meios de retorno ao seu *status quo ante* e, por isso mesmo, deverá ser compensada em pecúnia, como que para abrandar o sofrimento imposto ao ofendido<sup>9</sup>. De outro lado, a natureza punitiva da indenização, não admitida no ordenamento jurídico brasileiro, é direcionada ao ofensor, como uma pena privada que diminui seu patrimônio em função da prática de ato antijurídico, revertida em favor do ofendido.

Nas palavras de Marshall S. Shapo:

“Como a palavra “punitivo” implica, um grande propósito desta forma de danos é punir. Para justificar tal concessão, o requerente deve

---

<sup>7</sup> Danos decorrentes de acidentes de consumo, em que o fornecedor responde pelos danos causados por produtos defeituosos que disponibilizou ao mercado.

<sup>8</sup> Também conhecido como o caso “McDonald’s coffee”, a consumidora Stella Liebeck de 79 anos de idade estava com seu neto em um veículo por ele dirigido, ao parar o carro, Stella então decidiu adicionar açúcar ao seu café da rede McDonald’s Restaurants, que se encontrava em seu colo, derramando-o. Em decorrência da absorção da bebida pelo tecido de suas roupas, sofreu queimaduras de terceiro grau em razão da elevada temperatura em que a bebida se encontrava, ficando hospitalizada e afastada de seu trabalho por diversos dias. O caso data de 1994, sendo caracteristicamente um caso de *product liability* no qual foi aplicado não somente uma indenização com fulcro de compensar a vítima, mas também de punir a empresa, tendo sua sentença reformada de U\$160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) para U\$3.000.000,00 (três milhões de dólares), pois foi considerado que a rede de *fast food*, por receber diversas reclamações sobre a desnecessariamente alta temperatura do líquido, deveria ter tomado providências para evitar que o acidente houvesse ocorrido. In: <http://blog.lawinfo.com/2012/03/22/landmark-products-liability-case-liebeck-v-mcdonalds-restaurants/>

<sup>9</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, p. 14.

demonstrar que a conduta do réu foi particularmente culpável ou repreensível.”<sup>10</sup>

Contudo, ainda que o propósito principal dos *punitive damages* seja a punição do ofensor, a categoria apresenta outras funções não tão explícitas, as chamadas funções preventivas – do inglês, “*deterrence*” – e retributivas – “*retribution*”. Enquanto a função preventiva tem por escopo prevenir ou mesmo desencorajar a prática do ato, controlando o comportamento social por meio da punição do real agente causador dos danos e o desestímulo da conduta daqueles que eventualmente poderiam vir a causá-los, a função retributiva, por sua vez, atinente à experiência norte-americana da *commom law*, operaria de forma a dar uma resposta tanto à sociedade quanto àquele indivíduo vítima do dano, ao condenar o agente ofensor ao pagamento de um elevado *quantum* indenizatório, busca demonstrar que a reparação do dano foi a mais completa possível, o que garantiria senso de satisfação e certeza da justiça<sup>11</sup>.

Quanto ao critério de fixação da pena, há certo consenso na doutrina, tanto a estadunidense quanto as demais que tencionam pela admissão da indenização punitiva, pela consideração do grau de culpa do ofensor, operando a pena privada como mecanismo de desestímulo condutas reiteradamente danosas. Em sua obra *Tort Law and Alternatives – Cases and Materials*, Marc A. Franklin e Robert L. Rabin tratam da matéria na perspectiva dos tribunais norte-americanos, abordando a função preventiva englobada por uma indenização que se pressupõe punitiva:

“Quase todos os estados têm concluído que, por vezes, os danos podem ser concedidos para punir o réu ou para fazer um exemplo daquele réu, de modo que os demais evitem este tipo muito grave de má conduta”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> SHAPO, Marshall S. *Basic Principles of Tort Law*, p. 358. Tradução livre do original: “As the word “punitive” implies, a major purpose of this form of damages is to punish. To justify such an award, therefore, the plaintiff must show that the defendant’s conduct was particularly culpable or even reprehensible.”

<sup>11</sup> IDEM, p.360.

<sup>12</sup> FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. *Tort law and Alternatives – Cases and Materials*, p, 650. Tradução livre. No original: “Almost all the states have concluded that sometimes damages may be awarded to punish the defendant or to make an example of that defendant so that others will avoid this very serious kind of misconduct.”

Conhecida no Brasil como Teoria do Desestímulo, a indenização punitiva encontra inúmeros defensores e opositores, na medida em que, para a quantificação do *quantum debeatur*, deve-se levar em conta o grau de reprobabilidade da conduta do agente, demonstrado pela culpa, a condição econômica do lesante e demais peculiaridades do caso concreto<sup>13</sup>, desta forma, o estabelecimento de critérios, sejam eles objetivos ou subjetivos, para a aplicação da indenização em matéria de danos punitivos, é matéria bastante controversa, iniciando-se pela questão da possibilidade de se aplicar uma pena privada e por serem imprevisíveis os julgados neles pautados, ou seja, por não existirem critérios específicos e detalhados para quantificar indenização por dano moral, problemática que apenas se agrava quando pensada sob um viés punitivo. Tais critérios, muito embora não se pretenda esgotá-los, serão enfrentados nos capítulos subsequentes.

Carlos Alberto Bittar conceitua o objeto de estudos deste trabalho como uma quantia equivalente aos interesses das partes, de modo que, quando da condenação, o causador do dano sofra efetiva diminuição patrimonial, como resposta da ordem jurídica à sua conduta<sup>14</sup>. Ademais, como anteriormente abordado, propõe-se a necessidade de delimitação dos casos em que seria adequada ou não a aplicação de indenização exemplar:

“Tanto na experiência francesa como na americana, por exemplo, a jurisprudência vem reconhecendo crescentemente novos tipos de danos justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplos, o “prejuízo sexual”, o “prejuízo juvenil” (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência da própria degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), “prejuízo à capacidade matrimonial”, dentre outros”.<sup>15</sup>

A questão poderia vir a exaurir, então, a responsabilidade civil clássica, em observância a novas demandas sociais, em especial no que se refere ao poder de mercado e do chamado dano eficiente, temas que serão tratados mais adiante.

---

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 98-99.

<sup>14</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 233.

<sup>15</sup> FACHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*, p. 188.

Neste momento, entretanto, é necessário abordar a análise da matéria sob uma perspectiva legal, na qual se pretende, ao fim, realizar um contraponto entre responsabilidade objetiva e grau de culpa para a fixação do cômputo da indenização.

### 2.1.2 Breves apontamentos acerca da mudança da responsabilidade civil para o direito de danos

A responsabilidade civil nos moldes em que hodiernamente busca se apresentar é resultado de uma crise de seus principais institutos, ou, como denominado por Anderson Schreiber, “erosão dos filtros tradicionais da reparação”<sup>16</sup>. São eles: culpa, dano e nexos causal<sup>17</sup>. Gradualmente, os conceitos foram se modificando, perdendo espaço. Esta mutabilidade da responsabilidade civil permitiria que alterasse seus contornos para se adaptar à realidade social de época em que se insere<sup>18</sup>. Sobre o assunto, ensina Anderson Schreiber que:

“A erosão dos filtros da reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade.”<sup>19</sup>

Aponta, ainda, o autor que, contudo, a revolução é falha, pois se concretizou apenas parcialmente, já que o dever de indenizar prossegue apresentando caráter individual, voltado para a pessoa do ofensor e do ofendido<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p.11.

<sup>17</sup> IDEM, p.11.

<sup>18</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo*, p. 25.

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>20</sup> IDEM, p. 7.

Entre as alterações decorrentes desta *erosão* dos institutos da clássica responsabilidade civil, destaca-se a culpa, que passou a ser aceita em uma modalidade objetiva, conceito que será retomado adiante, apresentada primeiramente pelo Código de Defesa do Consumidor e posteriormente pelo Código Civil de 2002, decorrente dos riscos da atividade daquele que causa o dano, portanto, a necessidade absoluta de demonstração da culpa é abdicada pela responsabilidade civil, pautando-se em uma proteção mais ampla à vítima<sup>21</sup>.

Contudo, foi o fato de a responsabilidade civil voltar-se para a vítima, bem como para o dano em lugar de quem causou o dano, que marcou profundamente a mudança aqui apontada.

“A desvinculação da reparação como ideia de “castigo” para sancionar quem causou o dano injustamente, bem demonstra a mudança ocorrida no núcleo do sistema reparatório, que se volta para quem sofreu o dano e não para quem o cometeu, o que forçou a moderna doutrina civilista a compreender a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos”. ”<sup>22</sup>

Esta mudança importou, então, no limite, na função compensatória dos danos, uma vez que a responsabilidade civil tornou a reparação integral um de seus maiores objetivos, lançando mão de instrumentos que pudessem vir a levar a vítima a estado muito próximo daquele que se encontrava antes de ocorrido o dano, utilizando para isso de meios que se destinariam a apaziguar os efeitos do dano.<sup>23</sup>

Porém, decorrente da característica mutação atinente à responsabilidade civil é que atualmente se questiona se o formato no qual se apresenta não deveria sofrer outras alterações, para se adaptar a uma talvez nova realidade, segundo a

---

<sup>21</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 31-33.

<sup>22</sup> IDEM, p. 34.

<sup>23</sup> Na melhor definição da autora: “Dentre os fatores que contribuíram para o desenvolvimento da responsabilidade civil por danos ou o “Direito de Danos” destacam-se os seguintes: (i) o requisito da antijuridicidade deixa de ter uma conotação vinculada à culpa, e, portanto, subjetiva do agente, e passa a ter um conteúdo objetivo, vale dizer, a adoção da ilicitude em sentido amplo, como comportamento contrário ao Direito desvinculado da noção de culpa; (ii) a mudança da própria concepção da culpa, que deixa de ter um conteúdo essencialmente moral e passa a ser concebida como culpa normativa ou culpa objetiva; (iii) o desenvolvimento do sistema da responsabilidade civil objetiva coexistindo com a responsabilidade civil subjetiva; (iv) a utilização das hipóteses de culpa presumida; (v) o incremento dos legitimados ativos a partir do alcance de eventuais vítimas; (vi) ampliação dos sujeitos responsáveis e a previsão de um regime solidário; (vii) inicia-se uma fase da socialização dos danos por meio de mecanismos alternativos da responsabilidade civil; (viii) a flexibilização do nexo de causalidade.” IBIDEM, p. 34-35.

qual poderia vir a ser necessária a utilização de outros instrumentos para que se atinja a reparação integral, é neste sentido que a doutrina passa a discutir a viabilidade de admissão da indenização com efeito punitivo.

## 2.2 INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À PESSOA

Superada a discussão sobre a possibilidade de reparar a dor, angústia e demais manifestações dos danos morais, a reparação civil por danos atentatórios a direitos da personalidade vem ganhando novos contornos, novos conceitos, isto porque são novos também os anseios sociais<sup>24</sup>. Sua repercussão não é somente na esfera individual, mas tem reflexo na sociedade como um todo. Conforme acima considerado, com a mudança de paradigma da responsabilidade civil, surgem mecanismos que ultrapassam a seara da compensação, entre eles, os *exemplary* ou *punitive damages*, que, ao aplicar uma pena pecuniária, têm a pretensão de prevenir que novos danos à pessoa sejam perpetrados, de acordo com o breve conceito apresentado, estes mecanismos seriam instrumentos de uma modalidade de indenização que se pretende punitiva.

A dignidade da pessoa humana, como cláusula geral, possui expressão normativa de ordem constitucional, de hierarquia superior às demais pelo seu próprio tratamento, contudo, na atual sociedade de *hiperconsumo*<sup>25</sup>, poderiam ser necessários instrumentos diversos daqueles da clássica responsabilidade civil para que sua tutela seja efetiva. É preciso considerar que o conceito de dignidade humana ultrapassa o de princípio ou mesmo cláusula geral, é um imperativo categórico e, por essa razão, é mais que limite, é o que atribui ao ser humano sua

---

<sup>24</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.* p. 127.

<sup>25</sup> “A sociedade de hiperconsumo, fruto desses tempos hipermodernos, promoveu diversas alterações no comportamento e movimentação percebidos em seu interior. Mais do que nunca, pela sua intensidade e velocidade, na sociedade germina uma série de eventos que, dada tais características, subtraem-nos a verdadeira oportunidade de apreendê-los. Assim, no espaço social da hipermodernidade, onde o consumo passou a significar hiperconsumo, os riscos bailam ao mesmo passo que os atores deste espetáculo encenam suas relações cotidianas, pelo fio condutor que perpassa, sem exclusões, por todos nós.” FACHIN, Luiz Edson. *Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo*. In Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. *Diálogos sobre direito civil*, vol III, p.26.

qualidade de ser “*um fim em si mesmo*”<sup>26</sup> e que orienta as relações sociais. Com efeito, se admitida a aplicação dos *punitive damages*, estes teriam como principal função resguardar valores morais, assim como preservar a hierarquia da dignidade da pessoa humana, impedindo que lucro venha a tornar submissa a ordem jurídica democrática.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk destaca que a função preventiva da indenização provém da ideia de que compete também ao Estado evitar a ocorrência de danos à pessoa<sup>27</sup>, utilizando-se de instrumentos pedagógicos, tal qual o objeto de estudos deste trabalho. Muito embora a dimensão patrimonial atinente à indenização possa ser criticável, é o instrumento que disponível para responsabilizar civilmente aquele que ofender direitos fundamentais de outrem.

O que se discute é se a indenização de caráter compensatório seria a única viável para a reparação dos danos morais e, mais, se seria capaz de repará-los em sua completude. Sobre o assunto, aponta Anderson Schreiber que a indenização punitiva não é a resposta para os problemas atualmente enfrentados pela responsabilidade civil, pois levaria a uma nova crise, em que doutrina e jurisprudência teriam que enfrentar demandas *frívolas*<sup>28</sup>, pautadas não na defesa dos direitos fundamentais, mas na obtenção de elevado montante indenizatório. Também contrária à aplicação dos *punitive damages*, Maria Celina Bodin de Moraes tece diversas críticas ao instituto norte-americano, sobretudo quanto à disparidade dos julgados em relação à matéria, tendo em vista que, a princípio, a pena pecuniária em questão encontra-se em uma escala ilimitada<sup>29</sup>, a solução, nas palavras da autora, seria:

“(...) concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.”<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>27</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In Carmen Lucia Silveira Ramos. *Diálogos sobre direito civil*, p.134.

<sup>28</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>29</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>30</sup> IDEM, p. 131.

Poderia se considerar que a inexistência de critérios objetivamente detalhados de quantificação desta modalidade de indenização é de fato problemática, pois não se submetem a nenhum critério de quantificação que não os da *razoabilidade* e *proporcionalidade*, bastante subjetivos, e, por esta razão, algumas vezes insuficientes para exercer função de limite às indenizações punitivas.

Pondera-se, porém, que, se de um lado a indenização pecuniária não representa exatamente a medida ideal, já que atribuiria um valor à dor, de outro lado, poderia representar fundamental importância para o aspecto preventivo da responsabilidade civil, especialmente quando em tela danos decorrentes do exercício de atividades econômicas, casos em que, no Direito comparado, caberia a aplicação de indenização punitiva. No caso do Brasil, parece possível afirmar que assumiria não uma faceta meramente patrimonialista, mas desempenharia função de potencial instrumento de tutela à dignidade humana. Sobre o assunto, serão realizadas considerações mais concretas em capítulo oportuno, ao se tecer alguns comentários à análise econômica do Direito.

Ainda que persista a controvérsia quanto aos instrumentos de reparação e prevenção de danos, pode-se argumentar que em decorrência da concretude inerente à dignidade da pessoa humana, existe um dever atribuído à totalidade de indivíduos, bem como ao Estado, de protegê-la, por sua qualidade de base fundante do ordenamento jurídico brasileiro, podendo mesmo se argumentar que, como valor, prevaleceria mesmo sobre os demais princípios.

“Paulo da Mota Pinto observa a supremacia da dignidade da pessoa humana como valor ao afirmar que da *“garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.”*<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*, p. 3.

Pode-se alegar, mesmo que prevaleça a discussão quanto às formas de proteção, que é a promoção da dignidade da pessoa humana deveria guiar o intérprete, pois tem concretude, é repleta de significado e não mero enunciado retórico. Seria a partir da proteção a este imperativo categórico que os institutos jurídicos deveriam ser construídos, o que poderia vir a justificar a admissibilidade da indenização punitiva.

### 2.3 O TRATAMENTO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

Tecidos alguns comentários preliminares, cumpre apreciar o tratamento conferido a matéria no Brasil, tomando como objeto de análise dispositivos tanto da Constituição da República Federativa do Brasil, quanto do Código Civil, sendo que, muito embora se utilize de referenciais jurisprudenciais, o enfoque permanece no tratamento legal, tendo a análise de julgados capítulo próprio destinado à sua discussão.

A questão em tela se torna muito mais complexa e problemática quando avaliada sob um ponto de vista prático, isto porque não existe hoje adequação do tema *punitive damages* ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>32</sup>, o que torna sua não tão rara, porém velada, utilização pela jurisprudência matéria extremamente controversa, tendo em vista a inexistência de parâmetros legais estabelecidos para sua aplicação.

Em relação à reparação do dano moral, nossa legislação pouco, ou quase nada, dispõe sobre métodos para quantificação de sua indenização, a Constituição Federal, em seu Art. 5<sup>a</sup>, X, contudo, desempenhou o importante papel de assegurar o direito à reparação por danos sofridos, sejam eles de natureza material ou moral. Veja-se:

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

---

<sup>32</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 381.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Este é o ponto de partida da análise da possibilidade de reparação dos danos morais<sup>33</sup>, seja nos casos em que for admitida reparação de natureza meramente compensatória ou ainda punitiva. Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, corolário da Constituição, tem sua proteção assegurada, como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico e vinculador do intérprete. Como ensina Carlos Eduardo Pianovski, a dignidade da pessoa humana, para além de cláusula geral, é também limite<sup>34</sup>, o que poderia ser utilizado como argumento legitimador da função preventiva da responsabilidade civil, com a indenização por eventuais danos morais assegurada àquele que se houver ofendido. Elencados, para tanto, os direitos fundamentais tutelados pela Carta Magna<sup>35</sup>, cabe à legislação infraconstitucional, no caso o Código Civil, determinar, primeiramente, quem é o sujeito que pratica o dano. Definição encontrada no Art. 186 do Código Civil:

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

A disposição do Art. 186 do Código Civil não apresenta rol taxativo de condutas geradoras de dano moral, mas tão somente exemplificativa, isto porque,

---

<sup>33</sup> Como aponta Diogo L. Machado Melo, houve opção do constituinte por definir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, *in verbis*: “O ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger como fundamento da República Federativa a preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), deixou expresso que todo raciocínio jurídico deverá tomar em conta a tutela do ser humano. O ser humano e a preservação de sua dignidade, em toda e qualquer seara, deverá ser o epicentro de qualquer análise jurídica”. MELO, Diogo L. Machado de. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol 5., p. 89.

<sup>34</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In Carmen Lucia Silveira Ramos. *Diálogos sobre direito civil*, p.135.

<sup>35</sup> Neste ponto, é importante trazer os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, que ressalta a impossibilidade de mitigar a norma constitucional em razão de lei especial anterior, ou ainda um tratamento discriminatório, concluindo, em última análise, pela inaplicabilidade de uma interpretação constitucional segundo parâmetros estabelecidos em lei ordinária, pois, como observa o autor ao se referir ao mestre Gomes Canotilho, a limitação da Constituição por leis ordinárias incorreria em uma interpretação inconstitucional da própria Constituição. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p.97.

como já anteriormente apresentado, danos de ordem extrapatrimonial devem ser analisados no caso concreto, em decorrência de sua subjetividade, de forma que, obviamente, as categorias que lhe apreciam não poderiam ser estanques, mas sim gerais, por se pretenderem dinâmicas. Todavia, determina que, seja por ação ou omissão, aquele que causar dano a outrem, comete ato ilícito e, assim, fica obrigado a repará-lo.

Definidos dois dos principais pontos atinentes à reparação do dano moral (o que é dano moral e quem comete dano moral), o Código Civil, em seu Art. 944 dita de que forma será mensurada a indenização:

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

O Código Civil, portanto, consagra em seu Art. 944, *caput*, a natureza compensatória da indenização, assim como a necessidade de análise do efetivo dano e suas proporções. Ora, em se tratando de danos materiais, não é preciso grandes elucubrações para demonstrar a lógica do dispositivo, uma vez que, ao lesionar o patrimônio de outrem, basta devolver-lhe a exata quantia ocasionada pelo dano, ou seja, indeniza-se na mesma proporção do dano causado. Um exemplo simples, porém didático, é o daquele que se envolvendo em acidente automobilístico resultando em perda total do automóvel gera um dano ao patrimônio de terceiro no valor hipotético de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), bastando, então, que pague a exata quantia para que a vítima retorne ao *status quo ante*.

Quando enfrentada a questão na perspectiva dos danos morais, a aplicação do Art. 944 do Código Civil pode mostrar-se insuficiente, tendo em vista que não existem critérios objetivos para mensurar um dano de ordem moral, de forma que a jurisprudência dominante tem entendido que cabe ao julgador da causa, *in casu*, avaliar a extensão do dano e arbitrar um *quantum* que julgar estar de acordo com a ética da moralidade. Observe-se a disposição do Art. 953, parágrafo único do Código Civil:

“Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”

A interpretação do dispositivo supracitado demonstra que, de fato, inexistem parâmetros objetivos pré-estabelecidos para fixação do valor da indenização, havendo o legislador, genericamente, optado por fixar uma reparação por arbitramento. A opção legislativa, ao legar o arbitramento de indenizações por dano moral exclusivamente ao crivo do juiz, sob a égide de princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade, pode acabar por permitir que ocorram decisões que por vezes contrariam o próprio princípio da legalidade. Assim, pondera-se que talvez seja necessária a manifestação do legislador, para que delimite o instituto e ofereça garantias processuais para sua aplicação, problemática que será aprofundada no próximo capítulo.

Hodiernamente, entende-se que os fatores a serem considerados para a aplicação de uma indenização se resumem a dano, nexos de causalidade, e conduta ou fato. No tocante à quantificação de uma indenização punitiva, por sua vez, deve-se levar em consideração o prejuízo sofrido, o grau de culpa do ofensor, a potencial lucratividade sobre o dano causado e a condição econômica das partes.<sup>36</sup>

Diante do exposto, como já ponderado, poder-se-ia argumentar sobre a necessidade de manifestação do legislador, para que estabeleça parâmetros para o instituto, assim como regule as garantias processuais, em especial no tocante à função punitiva da indenização, hoje considerada, por sua total imprevisibilidade nos tribunais brasileiros, verdadeira *loteria forense*.

Neste ponto, insta ressaltar que os *punitive damages*, de acordo com a experiência da *common law*, não devem, como já sumariamente mencionado, ser aplicados a qualquer tipo de indenização por dano moral, indiscriminadamente, mas sim àqueles danos ocasionados visando obtenção de lucro, em especial no exercício de atividades econômicas. A lógica de mercado, como será oportunamente tratado em capítulo específico, prevê valores de indenizações por vezes irrisórios para, por exemplo, grandes empresas, que os inserem no preço final de seus produtos. Desta feita, existe a possibilidade de se justificar a aplicação de montantes verdadeiramente punitivos, tendo como objetivo o desestímulo de condutas por aqueles agentes perpetradas e, por isso, via de regra, a aplicação de *punitive*

---

<sup>36</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 259.

*damages* destina-se aos agentes econômicos, pois, não raro, causam danos no curso de suas atividades.

Neste sentido, a indenização punitiva não seria como, por vezes, a jurisprudência invoca. Alguns julgados discorrem sobre o efeito “punitivo-pedagógico” da indenização mesmo em se tratando de partes com a mesma situação econômica, em que a aplicação de uma pena privada implicaria em sobrecarregar uma das partes, de modo a incorrer em casos que se tornam modelo para a parcela da doutrina que se mostra contrária à função punitiva da indenização, afirmando se tratar de nada mais que abuso e aplicação irrestrita da categoria<sup>37</sup>.

Uma das grandes discussões quanto aos *punitive damages* é a questão atinente à sua legalidade, tanto jurisprudência quanto parte da doutrina alegam que a função punitiva da responsabilidade civil fere esse princípio, assim como gera conflito entre as esferas de Direito Público e Privado. Somado a isso, dependendo da escolha teórica de determinado autor, depara-se com outro conflito, de igual importância, este atinente à questão do chamado “enriquecimento sem causa”, que ocorreria em caso de indenizações elevadas, matéria abordada em capítulo subsequente. Por ora, será enfrentada a questão da responsabilidade objetiva, que impossibilitaria a aplicação da indenização punitiva, já que a culpa figura como um de seus pressupostos.

### 2.3.1 A culpa na responsabilidade objetiva

Com efeito, os fatores a serem considerados para a aplicação de uma indenização se resumem a dano, nexos de causalidade, e conduta ou fato, para a quantificação de uma indenização punitiva, por sua vez, deve se levar em consideração o prejuízo sofrido, o grau de culpa do ofensor, a potencial lucratividade sobre o dano causado e a condição econômica das partes<sup>38</sup>.

Estreitamente relacionada às teorias do risco, consolida-se com o Código Civil de 2002 o que alguns autores chamam de teoria da responsabilidade objetiva,

---

<sup>37</sup> Agravo Regimental no Recurso Especial, 2004/0160065-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 05.03.2009. Data da Publicação: DJe 20.03.2009. Retirado do sítio: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Visto em: 05.10.2012.

<sup>38</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 236.

que busca atender a demandas sociais, na medida em que torna o aspecto subjetivo da conduta do agente irrelevante para configurar o dever de indenizar<sup>39</sup>. O que se pretende apontar neste capítulo é que esta garantia processual não excluiria a culpa subjetiva e, com isso, subsistiria a possibilidade de condenação de acordo com parâmetros de condutas esperados de um sujeito inserido na teia social, de modo a não afastar completamente a possibilidade de admitir aplicação de danos punitivos.

Muito embora a responsabilidade civil tenha se fundado na teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, na teoria da culpa, em razão aos avanços técnicos e dificuldade em se demonstrar a culpa do agente, principalmente no tocante às relações de consumo, surge uma corrente de desvinculação do dever de reparar e da comprovação de culpa, a doutrina objetiva<sup>40</sup>. No Art. 927, parágrafo único, do Código Civil, o legislador infraconstitucional consagra a hipótese de responsabilidade objetiva, segundo a qual, fica o causador do dano obrigado a repará-lo independentemente de culpa<sup>41</sup>, o que para alguns doutrinadores significa a impossibilidade de haver uma gradação da culpa na análise da conduta do agente, uma vez que esta sequer é necessária para que se configure o dever de indenizar.

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

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

Como acima disposto, para que seja possível a aplicação dos danos punitivos, deve-se levar em conta o grau de culpa do ofensor, seja ela grave, leve ou levíssima. Eis um problema, tendo em vista que, como acima se apontou, este

---

<sup>39</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*: De acordo com a Constituição de 1988, p. 261.

<sup>41</sup> “A culpa presumida foi um dos estágios da longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto que no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa”. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p. 39.

dispositivo surgiu como instrumento apto a facilitar que o direito material fosse alcançado. De acordo com Anderson Schreiber, o objetivo deste dispositivo é responsabilizar com base no desenvolvimento de atividades de elevado risco, independentemente do aproveitamento econômico proveniente desta atividade<sup>42</sup>, outro dos requisitos necessários à caracterização de *exemplary damages*.

Não obstante, pode-se considerar que o disposto no artigo acima elencado não é a inexistência de culpa, mas sim a independência de sua existência para que reste caracterizado o dever de indenizar, o que poderia tornar possível considerar, ainda que na responsabilidade objetiva, a culpa. Ocorre que, quando se depara com um caso de responsabilidade objetiva, o juiz, partindo do pressuposto que os demais requisitos da responsabilidade civil tenham sido atendidos, condenará o agente causador do dano a indenizar, ainda que não se tenha demonstrado ação culposa, contudo, isto não implicaria no afastamento da culpabilidade na conduta, implicando somente que essa não se faz necessária para a configuração da responsabilidade<sup>43</sup>. Subsistiria, assim, a possibilidade de análise do fator subjetivo da culpa? Colaciona-se o que dita, *in verbis*, o Art. 944 do Código Civil em seu parágrafo único:

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

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

Não é difícil imaginar uma hipótese em que ambos os dispositivos, Art. 927, parágrafo único e Art.944, parágrafo único, possam ser aplicados concomitantemente em um caso concreto, demonstrando que, muito embora o legislador tenha criado regra de distribuição do ônus da prova em favor do autor, é possível cuidar de caso em que permaneceria a possibilidade de analisar aspectos subjetivos também da conduta do réu.

Em sua obra *Tratado de responsabilidade civil*, Rui Stoco tece algumas críticas a esta postura do legislador infraconstitucional, afirmando ser *desastrosa* em especial quando relativa a dano material, no entanto, em relação ao dano moral, se

---

<sup>42</sup>SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>43</sup>STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1708.

mostraria adequado, já que a lei não fixa critérios detalhados para seu arbitramento<sup>44</sup>.

Cumprido esclarecer que, de maneira geral, a teoria da culpa não teria sido afastada, o que ocorre, segundo Sérgio Cavalieri, diferentemente do Código Civil de 1916, é que a culpa decorre do fato que faz nascer a responsabilidade civil, e, portanto, é relativa, ou seja, apresentando prova de ausência de culpa, extingue-se a obrigação de indenizar, desta forma, seria perfeitamente possível argumentar que permaneceria a possibilidade de análise de culpa na conduta do ofensor, ainda que se cuide de caso em que é aplicada a responsabilidade objetiva<sup>45</sup>.

“As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima, criando-se a seu favor uma posição privilegiada. Tratando-se, contudo de presunção *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica, mas apenas derogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorrem de fatos de outrem, ou fato das coisas inanimadas. Fixadas por lei, as presunções *juris tantum*, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo e como tal determinará a responsabilidade do autor, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro”<sup>46</sup>.

A responsabilidade civil continuaria, assim, vinculada à culpa, sendo que o que alguns autores denominam de “responsabilidade objetiva”, em verdade, nada mais seria do que uma regra de distribuição do ônus da prova, o que afeta processualmente as demandas de indenização, modificando as regras de distribuição do *ônus probandi*<sup>47</sup>, uma vez que a prova de um elemento subjetivo como a culpa seria, por vezes, um ônus demasiadamente pesado a se impor à vítima. Contudo, isto não impediria que o ofendido intentasse provar ao Juízo que, na verdade, a culpa com que agiu seu ofensor foi superior à que presumiria o magistrado, assim o valor arbitrado a título de danos morais deve ser superior, demandando, após a comprovação do alegado, indenização compatível tanto com o

<sup>44</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1708.

<sup>45</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>46</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 72. In: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 40

<sup>47</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, p. 100.

prejuízo sofrido quanto com o grau de culpabilidade demonstrado. Por fim, de acordo com esta corrente doutrinária, ainda hoje a responsabilidade subjetiva seria a regra e a responsabilidade objetiva, uma exceção. Contudo, ao tratar da erosão dos filtros da reparação, culpa e nexo de causalidade, afirma Anderson Schreiber que o legislador infraconstitucional - diferentemente de experiências do Direito comparado - em que haveria, assim como no Código Civil de 1916, optado apenas pela presunção de culpa -, teria optado, na verdade, por fazer prevalecer a responsabilidade objetiva, ocupando o lugar antes destinado a responsabilidade subjetiva<sup>48</sup>.

Considerando que para que seja possível a admissão de um sentido punitivo-pedagógico da indenização é necessário levar em conta o liame psicológico existente na conduta do agente ofensor assim como no dano propriamente dito<sup>49</sup>, fator determinante para aferição de sua culpa, ainda que em casos norteados pela responsabilidade objetiva, parece razoável que, a interesse da parte autora, esta possa demonstrar que teria o réu agido com culpa grave, implicando, caso houvesse admissão da indenização punitiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, na possibilidade de se aumentar o *quantum debeatur*.

Feitas tais considerações, cumpre apresentar o contraponto entre uma garantia processual e a efetiva defesa contra lesões à dignidade da pessoa humana. Com a mudança de foco da ciência jurídica, que, em um passado não tão distante, era eminentemente patrimonialista, para a pessoa, que é complexa e dotada de diversas dimensões, todas elas merecedoras de tutela, há uma verdadeira revolução no Direito<sup>50</sup>, que, se ignorada, poderia vir a significar retrocesso a um momento em

---

<sup>48</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 22-23.

<sup>49</sup> Essa avaliação do elemento subjetivo da culpa da conduta do agente reflete diretamente no valor da indenização não apenas por qualificar o grau de responsabilidade, mas principalmente por demonstrar a inexistência de respeito à ética no seu comportamento, fundamental para a valoração do *quantum debeatur*, pois a função da indenização punitiva na esfera dos danos extrapatrimoniais não reside apenas em lesar o patrimônio do ofensor e compensar o ofendido, mas reside também na defesa de valores inerentes à pessoa humana, tutelando os verdadeiros interesses da pessoa e preservando direitos fundamentais. Em sua obra *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 72, Clayton Reis cita Geraldo Porto de Oliveira, que melhor define o acima exposto, “destacando-se a qualidade de vida como valor de fundamental importância na vida social, o homem ganha uma dimensão espiritual. E é a partir do espírito que se justificam as reparações por danos morais”. OLIVEIRA, Marcus Geraldo Porto. *Dano moral Proteção Jurídica da Consciência*, p. 33.

<sup>50</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Daños a La persona*, p. 11.

que o instrumento processual encontrava-se em posição hierarquicamente superior à dignidade da pessoa humana<sup>51</sup>.

Ademais, como observa André Gustavo Correa de Andrade, a instrução probatória é uma garantia constitucional, assim como a inversão do ônus da prova nos casos previstos em lei, do que decorre a conclusão do autor de que

“mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.”<sup>52</sup>

Ainda considerando a normativa processual em perspectiva com cláusulas gerais de proteção á dignidade humana, conforme entendimento de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, a reparação dos danos morais, no sentido discutido neste trabalho, perpassa o escopo da mera reparação como atualmente reputada, atingindo a esfera de dissuasão de condutas danosas, que por meio da utilização de mecanismos que resultem em uma condenação pautada na exemplaridade da punição, possa tornar ineficaz futuras práticas lesivas a direitos transindividuais , o que poderia representar um modo de reparação integral com a função de satisfazer a vítima, bem como valores sociais<sup>53</sup>.

Antes de prosseguir para o próximo capítulo, assenta-se que o arbitramento da sanção é possível, ressalte-se, a partir de um “*juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano*”<sup>54</sup>, isto para ambas as partes da doutrina, tanto aquela favorável quanto à desfavorável a aplicabilidade da indenização punitiva, como Maria Celina Bodin de Moraes. Esta matéria, arbitramento do *quantum debeatur*, será, contudo, novamente abordada quando do capítulo sobre o potencial enriquecimento

---

<sup>51</sup> Ingo Sarlet, em sua obra *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988, define a dignidade da pessoa humana como “*qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais (...)*”, conceito que, por si só, demonstra a necessidade de garantir com que não ocorra uma inversão de valores, representado por uma visão em que este princípio restaria minimizado por uma instrumentalização processual. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988, p. 60.

<sup>52</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e a indenização punitiva*, p. 224.

<sup>53</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p.

<sup>54</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 212.

excessivo do lesado e em análise de julgados no âmbito da indenização com caráter punitivo/pedagógico, passando imediatamente à discussão sobre a possibilidade ou não de institucionalização de uma pena privada em contraposição ao princípio da legalidade.

### 3 O DIREITO PENAL E A PUNIÇÃO CIVIL

#### 3.1 CRITÉRIOS ATINENTES À SANÇÃO ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Como anteriormente analisado, quanto ao critério de fixação da pena, há certo consenso na doutrina pela consideração do grau de culpa do ofensor, operando a pena privada como modo de desestimular condutas que reiteradamente incorrem em danos. Entretanto, é necessário tratar breve e previamente sobre a dicotomia clássica entre o que é de âmbito público e o que é de âmbito privado, para então analisar a possibilidade de aplicação de uma pena pelo Direito Civil, pois a substancial distinção entre o que é da esfera Civil e o que é da esfera Penal depende, em grande parte, depende da distinção, se efetivamente houver, entre o que é Público e o que é Privado.

Esta “*ideologia da separação*” surge no século XIX, como a resposta jurídica ao intervencionismo estatal na economia<sup>55</sup>, sendo posteriormente utilizada também pelas Constituições do século XX, reforçando a separação entre Direito Público e Direito Privado, ou seja, o que competia apenas ao Estado e o que compete ao cidadão.

“Como esclarece Hans HATTENHAUER, a separação não era devida a qualquer esforço de cientificidade ou sistematização, mas, sim, à rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação dos bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa.”<sup>56</sup>

Em consequência desta racionalidade, entre outras, tem-se a separação entre *pena* e *indenização*, que teriam objetivos diversos, o que impossibilitava, portanto, que à última fosse atribuída qualquer forma de dimensão punitiva, pois a

---

<sup>55</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 195.

<sup>56</sup> IDEM, p. 201

pena dizia respeito tão somente ao Estado<sup>57</sup>. A responsabilidade civil, como ramo do Direito Civil e, segundo esta lógica, portanto, Direito Privado, seria resposta dada apenas à vítima, tendo caracteristicamente profunda ligação com a questão patrimonial, enquanto que, se atinente ao Direito Penal, seria uma resposta ao ofensor, com função preventiva, como veremos adiante, quando tratarmos das funções da pena.

Muito embora se pretendesse uma separação entre os dois ramos do Direito, seus institutos, por vezes, circulavam tanto na esfera privada, quanto na esfera pública. A própria *ilicitude*<sup>58</sup> não seria conceito de monopólio do Direito Penal, sendo perfeitamente possível sua utilização pelos demais ramos do Direito, de acordo com a natureza da norma que viola o agente, se de Direito Público ou de Direito Privado, e, em menor escala, Penal ou Civil, conforme critérios de conveniência e oportunidade<sup>59</sup>, sem que exista diferença substancial no conceito do instituto apontado. A título de exemplo, pode-se apontar, dentre diversos outros<sup>60</sup>, a cláusula penal<sup>61</sup>, instituto clássico da matéria de Obrigações, prevista no Art. 416 do Código Civil, como categoria que perpassa tanto Direito Civil quanto Direito Penal, operando como uma pena privada para aquele que culposamente vier a descumprir o contrato celebrado.

O que diferenciaria a responsabilidade civil da responsabilidade penal seria, então, a ameaça à ordem social decorrente do dano causado<sup>62</sup>, porém, mesmo na seara da responsabilidade civil, o dano sofrido tem repercussão na teia social, não se pode afirmar que atinge somente o indivíduo atomizado, ou que apenas na esfera da responsabilidade penal há repercussão social e, por isso mesmo, não existiria uma exata distinção entre o que é Direito Penal e o que é Direito Civil, o que é Público e o que é Privado. Como leciona Yussef Said Cahali:

---

<sup>57</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 202.

<sup>58</sup> Destaca Juarez Cirino dos Santos que “Em Direito Penal, a antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as *proibições* são os tipos legais, como descrições de ações realizadas ou omitidas; as *permissões* são as justificações legais e supralegais, como situações especiais que excluem as proibições. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 219.

<sup>59</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p. 14.

<sup>60</sup> Como arras (Arts. 418 e 420 do CC), astreintes (Art. 461 do Código de Processo Civil) e mesmo os juros moratórios.

<sup>61</sup> “A cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa da obrigação.” GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 159.

<sup>62</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, p. 11.

“Em realidade, parece mais acertado dizer-se que o mecanismo protetivo da norma geral do ressarcimento ou da reparação – *neminem laedere* – caracteriza-se pela sua natureza mista; “Tale natura mista opera in modo che l’equilibrio fra le due funzioni vada próprio ricercato nella possibilita di scudere – pur meritanto l’autore del fatto illecito, per la sua condotta, la sanzione – la riparazione della lesione di tutela, vale a dire degli interessi estranei all’ordinamento giuridico nel suo complesso.”<sup>63</sup>

Parece razoável, portanto, aceitar que tal dicotomia clássica encontra-se superada, uma vez que inserida em uma sociedade complexa, com demandas complexas, em que um ramo do Direito afeta os demais, em uma relação de simbiose, a partir da qual a responsabilidade civil deixa de ter função de reparar apenas a vítima, mas também de apresentar resposta à sociedade<sup>64</sup>.

Conforme os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos<sup>65</sup>, o Direito Penal tem por objeto *condutas humanas*, sejam elas omissivas ou comissivas, desde que descritas em lei por tipos penais, daí decorre que um dos centros de gravidade do Direito Penal é o princípio da legalidade, pois, neste ramo do Direito, não há pena sem lei prévia que a comine. Caberia, no entanto, tal racionalidade a uma pena pecuniária advinda do Direito Civil? Esta questão será enfrentada ainda neste capítulo, onde haverá tratamento específico da legalidade penal em âmbito da responsabilidade civil.

### 3.1.1 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

Partindo do pressuposto de que o paradigma acima tratado encontra-se superado, é necessário fazer algumas observações mais específicas, abordando responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Esta pretensa separação, em verdade, é representação, em menor dimensão, do paradigma analisado no subcapítulo imediatamente anterior a este e,

---

<sup>63</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 38.

<sup>64</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e a indenização punitiva*, p. 285.

<sup>65</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 3.

assim como aquele, também se encontra superada<sup>66</sup>, como se pretende demonstrar a seguir.

A doutrina clássica da responsabilidade civil define seus institutos como instrumentos de retorno à situação de fato anterior ao dano, ao dito *status quo ante*, valendo-se, para tanto, de indenizações, quantias em dinheiro destinadas a apaziguar, a compensar o sofrimento da vítima. A responsabilidade penal, de outro viés, como acima mencionado, procura dar uma resposta à sociedade, prevenindo e ao mesmo tempo punindo aquele que delinque.

Contudo, ainda que pautada em fortes tradições, uma visão de separação total entre as duas modalidades de responsabilidade, parece, bem como a dicotomia Público e Privado, superada. Em sua então dissertação de mestrado, André Gustavo Corrêa de Andrade pondera que:

“Não deve, porém, causar estranheza o emprego de uma sanção de natureza penal na esfera do Direito Civil. Os domínios do Direito Civil e do Direito Penal nunca foram fechados ao tráfego de seus institutos mais característicos. A separação entre os dois ramos do Direito não é e nem deve ser absoluta”.<sup>67</sup>

Decorrente do acima disposto, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal diferenciar-se-iam unicamente, como já exposto, por questões de conveniência, por opção legislativa, por assim dizer, de modo que entre elas, existem inúmeros pontos de contato, mesmo porque, não haveria uma divisão exata entre o que é Direito Civil e Direito Penal, e, por vezes, uma mesma conduta corresponde a um ilícito simultaneamente em ambos os ramos do Direito<sup>68</sup>, gerando responsabilidade em ambos os âmbitos.

---

<sup>66</sup> Quando trata dos objetivos declarados do Direito Penal, o Professor Juarez Cirino aponta que, nas sociedades contemporâneas, seu escopo é a proteção de bens jurídicos, relevantes tanto para o indivíduo quanto para a totalidade, para isso, utiliza-se da pena, como ameaça àquele que houver por atentar contra bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 4. Pode-se observar, portanto, como tratado já neste capítulo, que, muito embora, em última análise, possuam natureza diferente, este é o mesmo objetivo da responsabilidade civil, tendo em vista que aqui também se encontra superado o dogma de que a indenização serviria apenas como alento à vítima, hodiernamente, como já exposto, ela se volta também para o ofensor e à comunidade.

<sup>67</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>68</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 14.

Da mesma forma que a reparação é reconhecida pela responsabilidade penal<sup>69</sup>, também o paradigma da responsabilidade penal encontra-se presente em matéria de responsabilidade civil, corroborando o entendimento aqui exposto de que os institutos são interligados, não constituindo, esta separação meramente didática, argumento definitivo contra indenizações punitivas que visam punir ilícitos que se dizem de natureza civil. Ressalte-se que mesmo a punição penal tem desviado seu foco do *corpo* do lesionador, para atacar seu patrimônio, utilizando-se de penas pecuniárias. Dispõe o Art. 60 do Código Penal:

“Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

Tal dispositivo reflete o caráter especial da prevenção<sup>70</sup> atinente também à responsabilidade civil, quando imposta indenização com efeito punitivo. É mister mencionar ainda que, diferentemente da máxima da responsabilidade penal, *nulla poena sine lege*, na responsabilidade civil, o desvio de conduta do agente não precisa se enquadrar em normas institucionalizadas<sup>71</sup>, sendo este o ponto de independência de uma matéria em relação à outra. No caso da reparação do dano moral como aponta Caio Mário, porque prejuízo moral não pode ser exatamente medido, será aplicada uma sanção civil, conjuntamente a indenização compensatória, a ser *liquidada proporcionalmente à lesão sofrida*<sup>72</sup>.

O cerne da questão resume-se, pois, à possibilidade ou não de a responsabilidade civil exercer função punitiva se isto significar ir de encontro com o princípio da legalidade penal. Todavia, antes de tratar propriamente da legalidade em matéria civil, discutir-se-á funções de punição e prevenção no âmbito da

---

<sup>69</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 188.

<sup>70</sup> Sobre o assunto, esclarece o Professor Juarez Cirino: “A função da prevenção especial da pena criminal, dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, é a atribuição legal dos sujeitos da *aplicação* e da *execução* penal: primeiro, o programa de *prevenção especial* é definido pelo juiz no momento da *aplicação* da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme *necessário* e *suficiente* para *prevenir* o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de *prevenção especial* definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da *execução* da pena criminal (...)” SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*, p. 458.

<sup>71</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 205

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II, p. 288.

responsabilidade civil, após, será enfrentado o princípio da legalidade neste contexto.

### 3.1.2 Punição e Prevenção na Responsabilidade Civil

Como ensina Clayton Reis, em um estado civilizatório ideal, os indivíduos respeitariam os direitos de outrem<sup>73</sup>, porém, no momento atual, em que um indivíduo fere o direito de outro, são necessários instrumentos de prevenção de danos, de dissuasão do agente.

Em matéria de Direito Penal, as modalidades de prevenção que possuem mais pontos em comum com a pertinente ao tema abordado seria a *prevenção geral negativa*<sup>74</sup> e, como supracitado, *prevenção especial*, na medida em que se caracteriza por ser a ameaça de uma pena aos ilícitos de impulsos e que poderiam ter sido evitados pelo ofensor. A ideia de prevenção aqui preconizada, contudo, está associada a uma lógica patrimonialista, por assim dizer, pois a pena àquele que é condenado a pagar *danos punitivos* é a redução de seu patrimônio. A perspectiva de decréscimo de bens materiais configuraria influência bastante significativa nas escolhas em especial de agentes econômicos, o que por si só já é forte argumento a favor das indenizações punitivas, apenas corroborado ao se considerar o que isso representa para a sociedade em termos de *repercussão exemplar*<sup>75</sup>, podendo vir a reiteração de práticas antijurídicas, já que o agente consideraria o que oferece maior vantagem, a prática do dano e custear a indenização, ou evitar que o dano efetivamente aconteça.

“Nesse sentido, a pena possui um princípio retributivo, na medida em que concede um prêmio ao ofendido e pune o lesionador em razão de seu desvio comportamental. “Visto de um ângulo sócio-psicológico”, destaca Hans Kelsen, “o prêmio e a pena são estabelecidos a fim de

---

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>74</sup> “Poderia ter efeito desestimulante em *crimes de reflexão* (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc.), característicos do *Direito Penal Simbólico* (...)”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p.481.

<sup>75</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p.161

transformar o desejo do prêmio e o receio da pena em motivo da conduta socialmente desejada.”<sup>76</sup>

A função pedagógica (preventiva) da indenização somente ganha espaço quando observada a mudança de paradigma da responsabilidade civil e, principalmente, quando esta se volta para o ofensor e para o dano, e não apenas para o ofendido, por isso soma-se a um efeito punitivo (retributivo) da indenização.

Como já apontado, a indenização compensatória e indenização punitiva estão voltadas para objetos diferentes, para os quais fornecem mecanismos diferentes de reparação. O efeito punitivo pressupõe, como a própria denominação impõe, a punição do ofensor, imputando a ele o dever de arcar com os custos gerados pela prática de atos antijurídicos. Mesmo que substancialmente diferente da *pena* descrita pelo Direito Penal, a aplicação de uma pena privada tem por objetivo determinar que os direitos fundamentais sejam respeitados, sob a ameaça de punir aquele que desrespeitar esse imperativo categórico.

Pode-se observar ainda que, muito embora hodiernamente nossa legislação infraconstitucional consagre a reparação compensatória, como já demonstrado, a ideia de uma pena privada não é estranha ao nosso ordenamento jurídico, pelo contrário, ela se manifesta por diversas vezes.

“Fica-se, porém, com a opinião de que a natureza da indenização devida pelo dano moral é compensatória, por um lado, mas inegavelmente punitiva por outro, inibidora de ações semelhantes, como já frisado, como forma de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos no elenco 5º da Constituição Federal.”<sup>77</sup>

Não obstante, como Clayton Reis leciona, todo ordenamento que tem por objetivo reprimir condutas lesivas à pessoa irá se utilizar de espécies de pena para atingi-lo, o que torna a supressão da função punitiva da indenização árdua tarefa, mesmo que este não seja seu único efeito<sup>78</sup>, o que, novamente, demonstra uma possível compatibilidade do instituto com o Direito Civil. Portanto, a conduta antijurídica teria como resposta do Direito uma sanção, que visa garantir que o

---

<sup>76</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p.160.

<sup>77</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*, p. 49.

<sup>78</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 205.

interesse juridicamente tutelado prevaleça sobre o interesse individual e ilícito daquele que causa o dano<sup>79</sup>. Ademais, segundo a tese de Yussef Said Cahali, o dever de indenizar possuiria tanto natureza compensatória quanto punitiva<sup>80</sup>, e portanto, mista, em respeito à regra do *neminem laedere*. Neste sentido, não é o objetivo deste trabalho tentar demonstrar a necessidade de exclusão da reparação compensatória, porém, apresentar a hipótese de que o caráter punitivo possa, em seu efeito retributivo ou pedagógico, vir a evitar novas ocorrências de danos extrapatrimoniais.

Na lição de Carlos Alberto Bittar:

“Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.”<sup>81</sup>

Considerando que a função da responsabilidade civil é a proteção aos direitos fundamentais, nesta toada, poderia englobar também efeito inibitório de condutas a eles lesivas. Com efeito, não seria exagero afirmar que o que impulsiona a sociedade atual são basicamente interesses econômicos, motivo pelo qual a pena pecuniária pode se mostrar adequada ao desestímulo daquelas condutas. Ignorar essa mudança paradigmática, ainda que não imponha a aceitação de indenizações de caráter punitivo, da responsabilidade civil significaria não somente retrocesso, mas principalmente que a cláusula geral de tutela a dignidade da pessoa humana não passa de um enunciado retórico, vazio de efetividade, o que não se pode admitir.

Pertinentes aqui os apontamentos de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, de que modelos e conceitos constituem apenas o instrumento do

---

<sup>79</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 38

<sup>80</sup> IDEM, pg. 39.

<sup>81</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 233.

Direito, não seu verdadeiro objeto<sup>82</sup>, o que significa que a lógica patrimonial inerente às penas pecuniárias, como afirma grande parcela da doutrina, não se encontraria em desacordo com a proteção aos direitos fundamentais, preconizada pela Constituição, muito pelo contrário, operaria como meio de lhe garantir efetividade.

Isto posto, surge a questão quanto a possibilidade de o juiz, a partir da apreciação do caso concreto, ao observar a existência de culpa do ofensor, a condição econômica da parte que causou e a extensão do dano como um todo, arbitrar indenização em valor suficiente para desestimular a conduta, ou seja, dotada de caráter tanto punitivo quanto pedagógico, sob a legitimadora *ratio* da busca por sempre atingir a reparação do direito violado, bem como a busca por maior proteção aos direitos da personalidade, sobretudo a dignidade da pessoa humana<sup>83</sup>.

Antes, porém, de prosseguir a discussão para uma, ainda que breve, análise econômica do Direito, a seara do enriquecimento sem causa, grande objeto de crítica daqueles contrários ao efeito punitivo da indenização, há que se discutir se haveria espaço para a aplicação do princípio da legalidade penal em matéria de penas privadas, caso da modalidade de indenização aqui tratada.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

É necessário, neste momento, enfrentar o debate quanto à legalidade penal em matéria de indenização punitiva, já que tão comumente é apontado como óbice a sua utilização. Pretende-se apresentar a discussão sobre se o princípio da legalidade deve ou não ser utilizado em âmbito estritamente penal, ou seja, apenas

---

<sup>82</sup> FACHIN, Luiz Edon e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p. 101. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

<sup>83</sup> Na lição de Gustavo Tepedino, “não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc...), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.” Assevera ainda que a prioridade conferida à tutela da dignidade da pessoa humana revela sua importância na medida em que condiciona ambos legislador e intérprete quando no trato das expressões normativas infraconstitucionais, devendo sua edificação ser sempre sob a égide de tal princípio. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 49.

quando houver condutas tipificadas, pela sua própria natureza e criação histórica. Dispõe a Constituição da República que:

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

(...)

XIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Para o Direito Penal, o princípio constitucional da legalidade representa a proteção garantida pelo Estado ao indivíduo, proibindo que se criminalize uma conduta após esta ter sido realizada, da mesma forma, é vetada analogia com demais crimes e indeterminação do tipo penal<sup>84</sup>, representada pelo axioma consagrado por Feuerbach no início do século XIX, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, como destaca Juarez Cirino. Porém, é preciso refletir sobre a razão de existir o princípio da legalidade, de modo a chegar a valorar a discussão quanto a sua aplicação também em penas privadas. De acordo com Fernando Galvão:

“No âmbito do poder punitivo, o Estado de Direito tem sua manifestação mais evidente na consagração do princípio da reserva legal, que garante ao indivíduo que a intervenção repressiva só tem autorização nos estreitos limites da lei.”<sup>85</sup>

O princípio determina, para além da necessidade de tipificação prévia, os critérios a serem observados para a quantificação da pena<sup>86</sup>, e é isso que se pretende problematizar no item a seguir.

Assim, tomando como ponto de partida disposição constitucional da anterioridade em matéria de Direito Penal, discutir-se-á a viabilidade de utilização de sanções pecuniárias na responsabilidade civil.

---

<sup>84</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>85</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Parte Geral, p. 70.

<sup>86</sup> IDEM, p. 70.

### 3.2.1 Legalidade penal e indenizações de natureza civil

Historicamente, exigir a prévia cominação de lei e da pena se justifica como modo de defesa contra a arbitrariedade que imperava entre os juízes pré-modernos, os quais, via de regra aplicavam penas de natureza cruel, entre elas a pena de morte<sup>87</sup>, então característica do Direito Penal, mas não necessariamente em face de penas pecuniárias. Observa-se, no percurso da história, que as civilizações sempre recorreram às penas, como instrumento de manutenção da racionalidade vigente<sup>88</sup>, mas, como dito, a aplicação destas penas era realizada por castigos corporais, extremamente violentos e cruéis, pois somente com o sofrimento o delinquente seria redimido por seus pecados<sup>89</sup>.

No curso da história, o instituto da *pena* passou a tomar outros contornos, não mais o da punição aflitiva e retributiva tão somente, foi-se agregando a ele o sentido de prevenção. Da mesma forma, a pena deixou de ser voltada para o corpo do ofensor, sendo dirigida ao espírito, o que fez com que deixasse de operar exclusivamente como mecanismo de repreensão social<sup>90</sup>.

“A penalização do ofensor, na maioria das vezes, desempenha uma função indenizatória. Esta nova postura do direito penal retrata o movimento universal no sentido de não punir o corpo do ofensor (repulsa aos castigos primitivos e bárbaros praticados pelo homem no curso da história) e sim impor-lhe a pena pecuniária que acaba se convertendo em um procedimento indenizatório. Assim, a pena pecuniária no direito penal tem como escopo compelir o delinquente a ressarcir ao Estado a ofensa contra ele perpetrada.”<sup>91</sup>

O que se buscava impedir com a criação de um princípio que exigisse a anterioridade da lei, assim como proibisse sua retroatividade e indeterminação, era, na verdade, a criminalização de condutas após a ocorrência do fato<sup>92</sup>, o que indica, apesar da exigência de anterioridade de cominação legislativa, espaço para a

<sup>87</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>88</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>89</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 09.

<sup>90</sup> IDEM, p. 18.

<sup>91</sup> REIS, Clayton, *Op. Cit.*, p.; 205.

<sup>92</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 239.

discussão quanto a possibilidade de adoção pelo sistema brasileiro de indenizações com efeito punitivo.

A racionalidade atinente ao princípio da legalidade penal é a existência de prévio tipo penal e de prévia *qualidade* da pena, se privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa com indicação de *quantidade* da pena<sup>93</sup>. Haveria, então, hodiernamente, restrição para sanções pecuniárias?

Decorrente da própria lógica do princípio em tela, não parece que este seja compatível com a racionalidade da pena privada, mesmo em se tratando de prévia determinação quanto ao máximo e mínimo de condenação possível, pois mesmo em âmbito penal, quando trata de pena multa, como disposto pelo Art. 60 do Código Penal, fica a critério do juiz a valoração necessária para torná-la eficaz. Desta feita, discutível a viabilidade de sua imposição às penas de caráter pecuniário, sobejamente a indenizações com efeito punitivo, já que demonstram natureza diversa daquelas do Direito Penal. Nesta toada, seria prejudicial o engessamento da categoria, tendo em vista que sua função depende justamente de uma análise da situação econômica do ofensor e, portanto, impor valores fixos dentro os quais deve transitar significaria mesmo suprimir sua principal função.

Permitida a analogia com as sanções de Direito Penal quanto à sua *forma*, em sua *qualidade*<sup>94</sup>, a indenização encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Como já abordado, o Código Civil dispõe sobre o dever de indenizar em seu Art. 186, seja qual o caráter que lhe for atribuído, compensatório ou punitivo. A *quantidade*, contudo, assim como no Direito Penal, fica a critério do magistrado, que a arbitrará de acordo com a análise *in casu*. Porém, devido à natureza do princípio em tela, não parece haver razão para sua aplicação em matéria de responsabilidade civil, como se explicará, seja no tocante a *qualidade* ou *quantidade* da pena, ponto em que reside grande, senão a maior, parte da controvérsia sobre sua aplicação.

Deve-se considerar que mesmo o Código de Processo Civil reconhece a dificuldade em se “quantificar” danos, ofertando a possibilidade de se fazer pedidos

---

<sup>93</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>94</sup> Muito embora a sanção pecuniária do Direito Penal tenha fundamentos diversos daqueles atinentes à indenização, quanto a sua forma, a analogia é possível, isto se ignorarmos a finalidade inerente a cada uma. Como explica André Gustavo Corrêa Andrade, “A imposição de uma sanção pecuniária, tanto quanto a condenação ao pagamento de uma indenização, é uma consequência ou resposta natural a um dano.” IDEM, p. 239.

genéricos ao Juízo, conforme dispõe em seu Art. 286, II, tendo em vista que a verdadeira extensão e consequências do dano só poderão ser mensuradas após o processo, oportunidade em que serão apreciadas as circunstâncias do caso. Destaca Corrêa Andrade que:

“Além disso, em se tratando de dano moral, o valor da indenização, mesmo quando se busca imprimir à avaliação um caráter meramente compensatório do dano, é sempre imponderável, porque está relacionado com bens não estimáveis em pecúnia. Já se disse, mesmo, que o arbitrário é da própria essência do dano moral. Não é aceitável, portanto, o argumento de que seria ilegítimo o estabelecimento de uma sanção pecuniária a título de pena porque causaria surpresa ao réu. A indenização por dano moral, seja qual for o caráter que assuma (compensatório ou punitivo), sempre trará, com ela, o signo do imponderável.”<sup>95</sup>

Ademais, reitera-se que o próprio Código Penal, em seu Art. 60, parágrafo primeiro, aponta que a situação econômica do réu é fator a ser observado na análise concreta pelo magistrado, constituindo fator de extrema importância para que se atinja o objetivo da pena, no caso do dispositivo mencionado, a prevenção especial<sup>96</sup>. Em decorrência disto, pondera-se se seria razoável a necessidade da anterioridade penal nos casos em que não se criminaliza a conduta, muito menos quando não se aplicam penas com consequências graves, como as privativas de liberdade ou restritivas de direito. O que parte da doutrina propõe é uma sanção pecuniária para aquele que viola direito de outrem para, no limite, salvaguardar a

---

<sup>95</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 240.

<sup>96</sup> Sobre o assunto, Fernando Galvão discorre que mesmo em relação a outros dispositivos do Código Penal, o princípio da reserva legal não poderia ser aplicado em sua plenitude: “Também com relação à definição de penas, o problema verifica-se. Veja-se o caso da pena restritiva de direitos da prestação pecuniária. O § 2º do art. 45 do CP dispõe que, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de *outra natureza*. Com certeza, a indefinição da pena de *outra natureza* viola o princípio da reserva legal, por sua manifesta indeterminação. A mesma coisa acontece com a prestação de serviços à comunidade. Conforme o §1º do art. 46, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. A previsão legal, no entanto, não estabelece quais as tarefas que podem ser executadas pelo condenado. O §3º do art. 46 limita-se a dizer que as tarefas serão escolhidas pelo juiz conforme as aptidões do condenado. A imprecisão da pena é evidente, não sabe o condenado que tipo de pena poderá ser-lhe imposta”. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Op. Cit.*, p. 74. O que se observa é que mesmo em âmbito penal existe uma relativização do princípio da legalidade quando não se tratar de penas corporais, ou seja, privativas de liberdade, permitindo que seja argumento válido quando enfrentada a questão da legalidade em matéria de indenização com caráter de pena pecuniária.

dignidade da pessoa humana, pois prevaleceria sobre todos os demais princípios, que somente se justificam em razão da proteção e daquela cláusula geral.

Não obstante, deve-se reconhecer a importância da legalidade para o ordenamento jurídico, já que necessário para a construção de um Estado Democrático e de Direito, como se pretende o brasileiro, mas sem esquecer de seu processo de construção, nascido para preservar a *integridade física* do réu.

Observa-se, assim, que o princípio a que se refere o axioma de Feuerbach tem função predominantemente protetiva da liberdade individual, justificado pela ameaça de aplicação de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos e, por conseguinte, capazes de causar graves lesões à pessoa humana<sup>97</sup>, características de sanções de natureza penal, mas não do Direito Civil. Ainda que se argumente a favor do reconhecimento do caráter punitivo da indenização, e mesmo que este alcance quantias elevadíssimas em dinheiro, não representa pena afliativa apta a comprometer o direito de liberdade individual, direito fundamental elencado pela Constituição da República e por isso protegido pelo princípio da legalidade. É a diferença intrínseca entre a pena privada e meramente pecuniária em relação às demais sanções penais que justifica a relativização da legalidade em matéria de reparação de danos, afastando-se sua aplicação para que se mantenha a eficácia esperada de um mecanismo de proteção aos direitos da personalidade.

Ressalte-se que existem autores que propõem mesmo a abolição da sanção pecuniária como instituto do Direito Penal, sob o argumento de que este deve ser invocado apenas em situações que necessitem de respostas severas, incompatíveis então com aquele tipo de pena<sup>98</sup>, que se identificaria muito mais com outros ramos do Direito. O que indica que a rígida observância ao princípio da legalidade (anterioridade) penal poderia ser afastada em se tratando de penas pecuniárias decorrentes de condenações por responsabilidade civil, pois prevaleceria o respeito e proteção à dignidade humana, discussão que será a seguir apresentada.

### 3.2.2 Reserva legal e a Dignidade da pessoa humana

---

<sup>97</sup> STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 383.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 324.

No cenário atual, em que se encontra superada a clássica dicotomia Público e Privado<sup>99</sup>, observa-se que os institutos jurídicos passam a ganhar novos contornos. Na modernidade, uma das grandes crises do Direito pode ser representada pela dificuldade em ponderar a aplicação de direitos fundamentais quando em conflito com interesses e liberdades individuais, sobretudo em relação à autonomia privada. Neste sentido, parece importante reafirmar que a promoção da dignidade da pessoa humana prevalece sobre todos os demais direitos<sup>100</sup> e princípios, o que significa mudança tanto na perspectiva do intérprete quanto na ordem social, já que é fundamento do Estado brasileiro.

“Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a ideia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição.”<sup>101</sup>

É preciso promover essa mudança paradigmática, em especial no Direito Civil, já que representa a mudança da perspectiva de uma ordem que era voltada para o indivíduo e que oferecia proteção somente a valores individuais, para um pensamento voltado para a totalidade e o bem comum, pensado a partir da dignidade humana. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, ainda que seja contrária à indenização punitiva, a dignidade da pessoa humana representa o imperativo categórico a nortear o Direito Civil, conferindo-lhe *unidade valorativa*<sup>102</sup>.

Analisando a questão da indenização punitiva como instrumento de proteção de direitos da personalidade, sob a égide do princípio da legalidade, apontado por alguns autores como obstáculo para aplicação daquela, em última análise, observa-se um conflito entre o próprio princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade. No entanto, muito embora não haja hierarquia entre princípios

---

<sup>99</sup> Sobre o assunto, ensina Gustavo Tepedino que as declarações de direito passaram a voltar-se para a pessoa humana, que demandava tutela, em razão dos arbítrios perpetrados nos Estados totalitários, porém, sua proteção era limitada à integridade física e direitos políticos, por isso, mantinha-se no âmbito do Direito Público, não constituindo preocupação para o sistema de Direito Privado, tornando-se objeto de suas relações apenas quando superada aquela dicotomia. TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988, p. 88.

<sup>101</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>102</sup> IDEM, p. 75.

constitucionais, via de regra, em apreciação de casos concretos, feitas as necessárias ponderações, predomina a dignidade da pessoa<sup>103</sup>, tendo em vista sua condição de fundamento, pelas diversas dimensões que lhe compõem, da República Federativa do Brasil.

André Gustavo Corrêa de Andrade, ao contrapor os interesses tutelados pela anterioridade penal e os interesses observados pelos mecanismos de proteção aos direitos da personalidade, aponta que estes últimos possuem maior relevância fática<sup>104</sup>. Ademais, sua relativização (dignidade da pessoa humana) seria afirmar que, em verdade, não se estaria diante de uma norma constitucional, mas sim de um enunciado retórico, vazio de concretude, o que, em vista de sua real significação, não poderia ser admitido.

Com efeito, os direitos da personalidade, todos, decorrem da cláusula geral de proteção à pessoa humana<sup>105</sup>, assim como toda a interpretação da expressão normativa em nosso ordenamento jurídico, o que corrobora a tese de que prevalece sobre os demais princípios. Nos ensinamentos de Clayton Reis:

“Nessa hipótese, não se configura uma **vendetta** do lesado para com o ofensor em razão do pagamento indenizatório, mas tão somente a existência de um mandamento jurídico do Estado no sentido de tutelar o bem violado, impondo ao violador o dever de promover a restauração do bem ofendido.”

Da qualidade de *cláusula geral de tutela*, pode-se dizer que o *princípio* da dignidade humana é também colocado na categoria de *valor* constitucional e, como tal, gera um dever à totalidade, dever esse de protegê-lo e promove-lo, também gerado para o Estado<sup>106</sup>, ao qual incumbe a obrigação de fornecer os meios para que haja a efetiva proteção daquele em face de atos que venham a lhe prejudicar<sup>107</sup>,

---

<sup>103</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>104</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>105</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p.35.

<sup>106</sup> Leciona Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que, em se tratando do dever gerado para o Estado, existem das dimensões em que se manifesta, uma negativa e outra positiva. A esfera negativa revela um dever de abstenção, segundo o qual o Estado deve deixar de intervir em esfera individual com condutas contrárias ao princípio da dignidade humana. O dever de ordem positiva, por sua vez, remete à ação, de proteger e promover a dignidade da pessoa. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>107</sup> IDEM, p. 131.

a exemplo disso, ainda que não admitida no Brasil, surge, nos países da *common law*, a indenização com efeito punitivo.

Cumpra esclarecer que estas considerações finais aqui tecidas sobre o princípio da legalidade não implicam necessariamente em um conflito fático com a indenização punitiva, porque, como já abordado, a anterioridade penal não seria aplicável a sanções pecuniárias de natureza civil. Por fim, é de se afirmar que a responsabilidade civil contemporânea firma suas bases na cláusula geral de tutela da pessoa, como chamada por Gustavo Tepedino, e não em critérios patrimoniais, ainda que utilize de indenizações em dinheiro como instrumento de promoção daquela, muito embora o autor discorde da utilização da indenização como instrumento de punição.

Realizada proposta a respeito da legalidade da indenização como pena privada, é necessário discutir e ponderar o instituto sob a perspectiva de uma análise econômica do Direito, objeto de estudo o próximo capítulo.

## 4 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

### 4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O tema da indenização punitiva pressupõe que sejam enfrentados embates como o enriquecimento sem causa, no entanto, para que este seja enfrentado, se faz necessário tecer alguns comentários a respeito da análise econômica do Direito, para que se possa oferecer um fio condutor à apreciação da controvérsia que se pretende apresentar.

“Se o paradigma tradicional da responsabilidade civil diz respeito à compensação de danos, a análise econômica adota o paradigma da *eficiência social*, vale dizer, verificada a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos tanto para o agressor quanto para a vítima, no objetivo de evitar danos, ou, acaso ocorridos, internaliza-los da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico e social.”<sup>108</sup>

Tomando a mudança de paradigma acima apresentada, é preciso tecer alguns breves comentários a respeito da análise econômica do direito, sobretudo no tocante à *internalização* do princípio da prevenção<sup>109</sup> e os critérios do chamado *dano eficiente*. É preciso então considerar o efeito da Economia no Direito, sendo fundamental a análise possibilitada por essa interdisciplinaridade no que diz respeito a *distribuição de renda e riqueza*<sup>110</sup>.

O estudo de *Law and Economics*, a análise econômica do Direito, nos moldes hoje conhecido e conforme defendida por Richard Posner<sup>111</sup>, e, como se

---

<sup>108</sup> Sobre esta assertiva, explica a autora que as mudanças sociais e políticas que implicaram na, ainda que gradual, mudança do Estado Liberal para o Estado Social, por seu caráter constitucional e democrático, implicaram também na mudança de paradigmas econômicos, tendo em vista que os interesses desta forma de Estado eram diversos do Estado Liberal, havendo outros interesses a serem tutelados, interesses de cunho mais social do que econômico e, assim, mais pautados em efetividades do que em formalidades. VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>109</sup> IDEM, p.132.

<sup>110</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*, p. 27.

<sup>111</sup> Tradução livre: “Nos últimos 30 anos, o escopo da economia expandiu-se dramaticamente para além seu domínio tradicional de explícitas transações de mercado. ‘Hoje, há uma teoria econômica dos direitos de propriedade, de empresas e outras organizações, do governo e política, da educação,

verá, bastante criticada por boa parte doutrina brasileira em razão de suas limitações como ciência meramente *descritiva*, é relativamente recente<sup>112</sup>. Muito utilizado pela responsabilidade civil, a teoria econômica opera instrumentalmente à compreensão de institutos do Direito, como é o caso dos *exemplary* ou *punitive damages*, cuja lógica é pautada também no mercado, e, portanto, necessária a interdisciplinaridade entre Direito e Economia para lhe dar sentido<sup>113</sup>. Em linhas gerais, o sistema atual da responsabilidade civil tem se voltado para os custos da prevenção de acidentes, com o objetivo de minimizar sua ocorrência<sup>114</sup>.

Ressalte-se ainda que a teoria comportamental<sup>115</sup> de estudos do Direito conferida pela Economia permite que se analise a reação da sociedade a determinados estímulos, para o Direito interessando principalmente a reação em função das normas. Segundo Thaís Goveia Pascoaloto Venturi:

“A análise econômica dos institutos jurídicos leva em conta a ideia segundo a qual os indivíduos podem ser estimulados ou desestimulados, por meio das normas jurídicas, a praticarem ou omitirem condutas consideradas socialmente desejáveis.”<sup>116</sup>

Neste sentido, a partir da análise econômica, pode-se observar o efeito que as normas jurídicas e os institutos do Direito têm de estimular ou refrear as condutas dos agentes econômicos, aqueles que tomam decisões aptas a influenciar a ordem econômica, possibilitando mesmo a análise da eficiência que determinada norma ou decisão judicial tenha socialmente<sup>117</sup>. Em se tratando de indenização punitiva, já foi apontado que sua destinação é justamente para os casos de *product liability*, ou

---

da família, do crime e punição, da antropologia, da história, da informação, da discriminação racial e sexual, de privacidade, até mesmo do comportamento dos animais e, sobrepondo-se todos estes, mas o último, do Direito.” POSNER, Richard A. *The Law and Economics movement*. In: The American Economic Review, Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 01.

<sup>112</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 98-99.

<sup>113</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*, p. 04

<sup>114</sup> CALABRESI, Guido. *Optimal deterrence and accident*, p. 656.

<sup>115</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>116</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>117</sup> *In verbis*: “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.” COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 25.

seja, danos decorrentes de relações de consumo, o que justifica a prévia análise da matéria antes da apreciação sobre o enriquecimento sem causa na responsabilidade civil.

O sistema de análise econômica do direito que se utiliza para apreciar a eficácia da indenização em face da prevenção de danos é o chamado *fault system*<sup>118</sup>, estruturado para alcançar a real dissuasão de condutas danosas por meio de estudos sobre os custos delas decorrentes. Em sua obra *Direito & Economia*, Robert Cooter e Thomas Ulen apontam justamente a questão da internalização do prejuízo gerado pelas indenizações e o custo de tornar o produto colocado no mercado seguro para os consumidores<sup>119</sup>, ponderando assim sobre a maior viabilidade econômica, considerando de um lado o que denominaram de “preço implícito”, ou seja, o valor dos danos já computado no valor do produto, e os custos de modificação na fabricação e projeto do produto, bem como disponibilização e veiculação de informação a seu respeito, mantendo em vista que os agentes econômicos sempre procuram a *maximização*, no caso das empresas, a maximização do lucro. Contudo, Guido Calabresi faz a ressalva de que devem ser considerados os *custos de transação*<sup>120</sup>, pois, se mínimos, diminuem também os custos de prevenção de acidentes<sup>121</sup>.

Parte da doutrina crítica, porém, esta posição da análise econômica do Direito. De acordo com Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a lógica preconizada pelos estudiosos do movimento *Law and economics*, sob uma ótica mais apurada, reflete em uma interpretação distorcida da responsabilidade civil, já que, pra eles, o fundamento desta seria a competitividade e a eficiência ao equiparar custos sociais a custos unicamente econômicos e, portanto, sua função seria a de eliminar custos que significaria potencial prejuízo à eficiência econômica<sup>122</sup>. Muito embora o fim último da responsabilidade civil possa se apresentar, de fato, como instrumento de prevenção de danos, o fundamento sobre o qual se constrói essa racionalidade é diverso daquele atinente à análise econômica do Direito, pois quando se estuda

---

<sup>118</sup> No original: “The fault system, viewed entirely as a system for achieving “optimal deterrence,” must be taken as making the initial assumption that, other things being equal, the victim (or more accurately, the class to which the victim belongs) 4 can best decide whether it is worthwhile to prevent the accident”. CALABRESI, Guido. *Op. Cit.*, p. 657.

<sup>119</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>120</sup> Conceito pioneiramente apresentado por Ronald Coase em *The Nature of the Firm*.

<sup>121</sup> CALABRESI, Guido. *Op. Cit.*, p. 659.

<sup>122</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 136.

aquela, deve-se considerar que a análise econômica teria que sobrepor à eficiência a função de fornecer instrumentos para a proteção dos valores que a ordem jurídica tem o dever de proteger, pois a eficiência econômica não é valor relevante para o Direito, principalmente quando em confronto com direitos fundamentais, de ordem constitucional<sup>123</sup>.

Tecidas algumas ressalvas sobre a influência da economia na ordem jurídica, é de se salientar que, ainda assim, deve ser levada em consideração, podendo critérios econômicos ser aplicados na análise de institutos jurídicos, desde que relativizados pela racionalidade do ordenamento jurídico, o que significa sua utilização como instrumentos deste, de forma interdisciplinar e buscando a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana<sup>124</sup>. Na lição de Carlos Alberto Bittar:

“Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.”<sup>125</sup>

Como defendido por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a quantificação do cômputo indenizatório representa momento de definição para a responsabilidade civil, realizando-se uma declaração sobre o valor de maior relevância para o Direito, pois é no momento em que se define o valor atribuído à indenização que deve ser sopesado se o agente econômico obteve algum benefício em razão do dano perpetrado, devendo, por conseguinte, fazer computar aquilo obtido como lucro no valor do *quantum debeatur*, tendo em vista que o agente deveria ter utilizado de seus recursos para evitar que o dano ocorresse<sup>126</sup>. Com efeito, aumentando a indenização, ocorreria um *desequilíbrio na equação custo-benefício*, não prevista no desenvolvimento da atividade econômica, fazendo prevalecer a função da responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>124</sup> IDEM p. 137.

<sup>125</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>126</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>127</sup> IDEM, P. 141.

Com estas considerações finais sobre a possível função da responsabilidade civil, bem como a relação da corrente de Richard Posner em matéria, especificamente, de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à discussão do enriquecimento sem causa na seara da indenização punitiva.

#### 4.1 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A questão do enriquecimento sem causa ou injustificado<sup>128</sup> tem sido, para a doutrina como um todo, um dos pontos mais polêmicos em matéria de *punitive damages*, isto porque uma indenização punitiva, como visto, pressupõe condenações em grandes quantias de dinheiro, implicando em potencial mudança de condição econômica para a parte. O que se observa na jurisprudência dos Estados Unidos da América, por vezes, são indenizações desproporcionais<sup>129</sup>, de modo que fortalece a resistência à aplicação dos *exemplary damages* no Brasil.

Nas palavras de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo:

“Finalmente, há um aspecto de ordem moral: a entrega à vítima de soma que excede os danos por ela sofridos consistiria em claro enriquecimento ilícito de sua parte, eis que estaria se beneficiando de uma penalidade/desestímulo ao causador que interessa, em tese, não somente a ela, mas a toda sociedade.”<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Na obra de *Obrigações*, de Paulo Lôbo, é encontrada a definição do conceito que será trabalhado: “é o que se dá sem origem jurídica, em prejuízo de outrem. O que separa o enriquecimento juridicamente permitido (fundado em fato jurídico lícito) do enriquecimento sem causa é a ilicitude.” Sendo a causa a condição que deve ser analisada para verificar a ilicitude. LÔBO, Paulo. *Obrigações*, p. 284.

<sup>129</sup> Sobre o assunto, pondera André Gustavo Corrêa de Andrade que muito do que se tem notícia sobre as decisões da justiça norte-americana é, na verdade, pautado em informações imprecisas, tendo em vista que as notícias que temos relacionadas às indenizações milionárias provêm de decisões de primeiro grau, proferidas por júri sem capacitação técnica. Submetidas ao crivo de um juiz togado, em geral as quantias são reduzidas, quando não por ele, pela corte superior estadual e mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos tem pautado suas decisões na *razoabilidade* e *proporcionalidade*. Para ele, o risco seria ainda menor no sistema judicial brasileiro, uma vez que, em contraposição ao sistema dos Estados Unidos, a decisão, mesmo em primeiro grau, não parte de um júri composto por leigos, mas sim de um juiz togado, muito menos “propenso a julgamentos passionais”, operando como filtro a indenizações exorbitantes. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 226-227.

<sup>130</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*, p. 177.

O enriquecimento *sem causa*, explica Maria Cândida do Amaral Kroetz, configura-se quando presentes: a) enriquecimento; b) ausência de causa e c) às expensas de outrem<sup>131</sup>. Para Fernando Noronha, o enriquecimento sem causa se manifesta em duas dimensões, uma estática e outra dinâmica, a primeira seria representada pelo que denominou *defesa da esfera jurídica de cada pessoa*, a segunda, por sua vez, constituiria a função de fazer com que o patrimônio retornasse ao estado em que se encontrava antes do ilícito enriquecimento<sup>132</sup>. Pondera-se que, ainda que enriquecimento remeta a situações patrimoniais, no caso de indenizações, é perfeitamente possível falar em enriquecimento da vítima em casos extrapatrimoniais e, portanto, seria aceitável falar em enriquecimento também nos casos de pagamento de indenizações por dano moral.

A doutrina se divide, existem entendimentos no sentido de que o aumento do *quantum debeat* não seria a solução almejada e que somente acarretaria discussões equivocadas da responsabilidade civil, pois não seria o rigor da pena o que efetivamente viria a dissuadir o ofensor, mas sim a certeza de que, cometendo o ilícito, haveria sanção equivalente a extensão do dano causado<sup>133</sup>.

De outro lado, como aponta Maria Cândida do Amaral Kroetz, as bases da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são distintas, tendo em vista que uma vez invocada a responsabilidade civil, houve dano<sup>134</sup>, e, existindo o dano, o enriquecimento possui uma causa, somado a isso, deve-se considerar que houve também ilicitude por parte daquele que foi condenado a reparar os danos, sejam eles de ordem material ou, como aqui se discute, moral<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, p.68.

<sup>132</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 420

<sup>133</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 177.

<sup>134</sup> No mesmo sentido é a exposição de Caio Mário da Silva Pereira, que, citando o *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I, trata dos elementos da responsabilidade civil. *In verbis*: “Logo de plano ocorre assentar que o *dano* é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil. Ao propósito, dizem os irmãos Mazeaud que entre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, o prejuízo é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a imensa maioria da doutrina contenta-se com registrar a regra. “Pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis porque, na essência, a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. (...)” (Mazeaud e Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I, nº 208).” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 37-38.

<sup>135</sup> KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Op. Cit.*, p. 75

Essa distinção não impede, contudo, que haja relação entre enriquecimento da parte e responsabilidade civil, em especial no que se refere a indenizações com efeito punitivo, já que além do efeito compensatório, possui a finalidade dita *pedagógica*, o que caracteriza as pesadas condenações<sup>136</sup>, valor que também será recebido pela vítima. No mesmo sentido de Maria Cândida do Amaral Kroetz, argumenta Carlos Eduardo Pianovski, afirmando que não bastaria o enriquecimento de uma das partes para que aquele seja considerado *sem causa*, pois nos casos de condenação à reparação tem-se a existência do dano como pressuposto. De outro lado, pondera sobre um enriquecimento *indevido*<sup>137</sup>, como aquilo que extrapola os limites do razoável, a partir da análise da *relação jurídica de base*, considerando a quantia que uma parte recebeu e o que a outra perdeu sob uma perspectiva patrimonial<sup>138</sup>, aumento ou diminuição deste. Porém, como também observa, em se tratando de danos morais, não estão disponíveis parâmetros objetivos, ao contrário dos danos materiais, para averiguar se um montante indenizatório haveria ou não extrapolado os critérios do razoável quando comparado com a situação jurídica de base.

Se uma parte da doutrina buscar justificar a viabilidade do aumento do *quantum* indenizatório sob os argumentos acima expostos, outra parte se posiciona categoricamente contrária à sua institucionalização<sup>139</sup>, sob o argumento de que o desestimula não precisa ser necessariamente decorrente de *um valor absurdo*, levantando como ponto mais crítico não o efeito punitivo propriamente dito, mas o aumento do cômputo indenizatório em razão disso<sup>140</sup>. Para Carlos Alberto Gonçalves, o efeito compensatório implicaria na reparação total, enquanto que, indubitavelmente, o exercício de um efeito punitivo representaria enriquecimento ilícito da vítima, pois o dano já haveria sido reparado<sup>141</sup>. Wesley de Oliveira Louzada Bernardo afirma mesmo que, caso aplicada, a indenização punitiva faria com que

---

<sup>136</sup> Em sua tese de doutorado, Thais Goveia Pascoaloto Venturi, analisando critérios econômicos do direito, observa que o paralelo feito entre Direito e Economia teve origem na discussão da responsabilidade civil, afirmando então que “Assim, a premissa lança pelo referido movimento nesse campo do Direito ressalta que a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro, tanto dos potenciais agressores quanto das eventuais vítimas.” VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 126.

<sup>137</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>138</sup> IDEM, p. 148

<sup>139</sup> É o caso de Rui Stoco, que assinala que “A busca de indenizações milionárias e a utilização do instituto da responsabilidade civil como fonte de enriquecimento devem ser combatidas e veementemente repelidas”. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 1707.

<sup>140</sup> IDEM, p. 1707.

<sup>141</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, p. 365.

ocorresse *inversão de valores*, atribuindo à dignidade da pessoa caráter mercantil, em lugar de sua proteção<sup>142</sup>.

Ao tratar do dano moral punitivo, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, também Sérgio Cavalieri Filho critica a obtenção de lucro por meio da reparação por danos morais, afirmando, de outro lado, que a indenização deve ser o *mais completa possível*, terminando por fazer a ressalva de que, em termos constitucionais, não existe nenhum parâmetro previamente fixado para que o julgador observe, cabendo a ele a tarefa de agir com *prudência*<sup>143</sup>.

Cumpra observar que, com efeito, no sistema jurídico pátrio, não se dispõem de apenas um grau de jurisdição, o que poderia ser considerado em se tratando da crítica feita em relação à chamada “*loteria forense*”<sup>144</sup>, uma vez que os julgados podem sofrer revisões, adequando a quantia determinada de acordo com os já apontados critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que ofereceria proteção a eventuais distorções do instituto<sup>145</sup>. Também Paulo Lôbo pondera sobre o assunto, discorrendo sobre a utilização do enriquecimento sem causa como um critério de fixação do valor da indenização por danos morais, e anotando que a *solidariedade social* e a razoabilidade podem ser também critérios de delimitação da condenação, impedindo que se configure enriquecimento sem causa<sup>146</sup>.

Outro método de solução da questão ofertada, apontada por alguns doutrinadores, conforme será melhor abordado adiante, é a conversão de parte da indenização para fundos sociais, de forma que a vítima só receberia o valor da indenização a título compensatório, o montante pago a título de indenização punitiva seria convertido tal qual na Lei 7.347/85 - *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 (VETADO) e dá outras providências*<sup>147</sup>. A conversão de parte da indenização em benefício da totalidade, seja remetendo a fundos dirigidos pelo Conselho Federal, seja de acordo

---

<sup>142</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>143</sup> “Afim de contas, jurisprudência – a obra-prima do juiz – é a junção de duas palavras: júris + *prudência* – vale dizer, na base de todas as decisões judiciais há de estar a prudência.” FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>144</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p.328.

<sup>145</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 228.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 285.

<sup>147</sup> Tirado do sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm), acessado em 19.11.2012.

com a disposição do parágrafo único do Art. 883 do Código Civil<sup>148</sup> seria apta a afastar a hipótese de enriquecimento indevido. Diogo L. Machado de Melo aponta que caso todo o valor fosse de fato revertido para a vítima, haveria enriquecimento sem causa, oferecendo como solução ao conflito a destinação de parte da verba indenizatória para entidades de fins sociais<sup>149</sup>, assunto que será tratado adiante. Também Maria Celina Bodin de Moraes realiza este apontamento, afirmando que aquela previsão legal, Lei 7.347/85, ao destinar parte da indenização ao benefício de outras pessoas conferiria coerência ao sistema<sup>150</sup>, muito embora seja contrária à aplicação de *punitive damages* no Brasil.

De todo modo, pondera-se se tais medidas poderiam ser, de fato, suficientes para suprimir o ganho dito *exagerado* do ofendido, bem como se não esbarraria na tese de que esta distribuição de riquezas não é, na verdade, o objeto da responsabilidade civil, já que o *assistencialismo* não é de sua natureza<sup>151</sup>, e, se adotada a prática, acabaria por distorcer sua função.

Existiria, assim, como se verá quando da análise de julgados, um paradoxo entre *razoabilidade* e *proporcionalidade*, exigida no arbítrio dos magistrados, e a função punitiva<sup>152</sup>, principalmente em se tratando de enriquecimento sem causa. Sopesa-se, no entanto, que a *ratio* da responsabilidade civil é a da prevenção de danos, escopo do modelo punitivo de indenização, pois a compensação pressupõe a ocorrência do dano e, portanto, em certa medida, não atenderia integralmente os objetivos da responsabilidade civil. Por outro lado, conclui Rui Stoco, em defesa do caráter compensatório da indenização, que muito embora o valor a título de condenação não deva ser pequeno a ponto de não servir de desestímulo ao lesionador ou mesmo reparar o lesionado, não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe a indenização, atendendo ao que chamou de *binômio do equilíbrio*<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

<sup>149</sup> MELO, Diogo L. Machado de. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol 5, p. 115.

<sup>150</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>151</sup> GOMES, José Jairo. *Solidariedade e cooperação: um novo estágio na configuração da responsabilidade civil*, p. 280.

<sup>152</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 261.

<sup>153</sup> STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 1709.

Ademais, segundo os ensinamentos de Diogo L. Machado de Melo, por vezes, não é sequer o aumento do valor da indenização que causa furor entre aqueles contrários à função punitiva na responsabilidade civil sob o argumento do ganho excessivo da vítima, mas os excessos cometidos pela jurisprudência que, como se verá no próximo capítulo, utiliza o instituto de maneira equivocada<sup>154</sup>, mesmo porque sem admissão da utilização daquela, em casos que nem mesmo deveria haver a combinação de reparação por compensação do ofendido com pena pecuniária, pois, como já abordado, esta se destinaria para agentes econômicos que, no curso de sua atividade econômica, acabam por lesionar os indivíduos.

Deste modo, poderia se argumentar que a punição do ofensor e a prevenção contra novos danos teria mais relevância para a responsabilidade civil do que o fato de conceder ao ofendido um valor indenizatório mais elevado e que pudesse vir a lhe aumentar mais o patrimônio do que o desejável<sup>155</sup>.

De todo modo, é necessário ainda passar mesmo que rapidamente pela questão da conversão de parte da indenização para fundos dirigidos pelo conselho federal, ou até mesmo pelos conselhos estaduais, com o intuito de suprimir um possível enriquecimento excessivo do ofendido.

## 4.2 FUNDOS DIRIGIDOS PELO CONSELHO FEDERAL

Conforme já mencionado, existem teses que pretendem a destinação de parcela do montante indenizatório, principalmente aquele proveniente de demandas coletivas, para *Fundos Reparatórios*, similares ao disposto no Art. 13 da Lei 7.347/85<sup>156</sup>, o que encerraria a discussão a respeito de um enriquecimento indevido

---

<sup>154</sup> “A valorização equivocada (ou admissão velada) da vertente punitiva tem propiciado alguns excessos na jurisprudência, e que tem contribuído para abertura de disparidades e a falta de eficácia da própria reparação dos danos morais.” MELO, Diogo L. Machado de. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>155</sup> No desenvolvimento da tese de André Gustavo Corrêa de Andrade, “essa consequência seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 230.

<sup>156</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

do ofendido decorrente da indenização punitiva<sup>157</sup>. Tais fundos são administrados por um *Conselho Gestor*, responsável por conferir uma destinação aos recursos disponíveis, os encaminhado a pessoas jurídicas de direito público ou então a entidades não governamentais e sem fins lucrativos, que devem apresentar projetos de investimento tendo por finalidade, já que a reparação jamais poderia ser *in natura*, a *recomposição social*<sup>158</sup>.

Assim como em matéria de Direito Ambiental, os fundos reparatórios teriam a função de absorver o montante da condenação destinado a prevenir novos danos, ou seja, a condenação com efeito punitivo e pedagógico. Mesmo Maria Celina Bodin de Moraes, contrária ao efeito punitivo da indenização, admite que, em casos de danos causados a toda uma comunidade ou a um grande número de pessoas, pode ser admitida a função punitiva, elencando como fundamento o viés preventivo a ela inerente<sup>159</sup>. Também para Thaís G. Pascoaloto Venturi, embora apresente argumentos favoráveis à indenização punitiva, conforme fundamenta em sua tese de doutorado, a conversão parcial da indenização seria possível tão somente em casos de demandas coletivas ou de interesses difusos:

“Assim sendo, basta que a pretensão indenizatória deduzida em uma ação coletiva seja relacionada com a proteção de qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo para que eventual condenação pecuniária seja direcionada a integralizar os Fundos Federal e dos Estados.”<sup>160</sup>

Haveria, todavia, incompatibilidade do direcionamento de indenização para fundos sociais quando deparados com demandas individuais? A ponderação que se faz é no sentido de que se aos fundos de interesse coletivo só poderiam ser direcionadas quantias provenientes de demandas por violação de direito difuso, então persistiria a questão do enriquecimento nas demais demandas, como ações individuais que representam boa parte das ações atualmente ajuizadas.

---

<sup>157</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>158</sup> IDEM, p. 88.

<sup>159</sup> A autora discorre ainda sobre a diferença que isso implicaria para a definição do instituto dos danos punitivos, porque o valor a título de punição não mais irá para a vítima, mas será convertido para o benefício de um grande número de pessoas e, assim, afasta-se da concepção atual dos *punitive damages*, já que sua aplicação seria consoante a Lei 7.347/85. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>160</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 89.

Comenta Diogo L. Machado de Melo que, caso aplicado o caráter punitivo às indenizações de demandas individuais, sem que houvesse destinação outra que não inteiramente à vítima, haveria um retrocesso à lógica liberal predominante na segunda metade do século XIX<sup>161</sup>, o que sugere que também estes valores devam ter destinação diferenciada, sendo depositados em fundos reparatórios, assim como aqueles provenientes de demandas coletivas.

“Note-se que a destinação de parte da indenização dos danos morais para entidades de finalidade social não se restringe, a nosso ver, às demandas transindividuais (objeto de tratamento da Lei 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública), sendo possível também nas ações individuais em que a punição pelo dano moral for entendida como oportuna.”<sup>162</sup>

Desta forma, é possível entender que, ainda que se trate de ação a fim de resguardar direito individual, se aplicado efeito punitivo da indenização, também este poderá ser convertido em benefício de entidades sociais, sem que haja necessariamente um conflito, pelo contrário, colocaria fim ao problema do enriquecimento indevido. Caberia, porém, a reflexão quanto a verdadeira função da responsabilidade civil e se seria com ela compatível o direcionamento da indenização a tais fundos.

Sob a perspectiva deste trabalho, cumpre ponderar sobre a mudança de foco já apresentada da responsabilidade civil, na medida em que houve uma sensível alteração quanto a sua unidade axiológica, o que implicaria, em defesa da dignidade da pessoa humana como seu principal fundamento, o que demonstra uma possível admissão de implemento destes fundos mesmo para demandas individuais, sem que se incorra no por vezes criticável *assistencialismo*, que, como acima apresentado, é alvo de crítica por parte da doutrina, tendo em vista que se pode falar mesmo de uma nova função da responsabilidade civil, pautada em outros critérios de valor<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> MELO, Diogo L. Machado de. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>162</sup> IDEM, p. 119.

<sup>163</sup> “A partir dessas considerações, admite-se a construção da idéia de que os valores da pessoa humana estão diretamente relacionados com o seu grau de compreensão acerca da responsabilidade comportamental perante o grupo social em que se encontra inserida, como, igualmente, em relação ao ordenamento jurídico.” REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 248.

### 4.3 UMA NOVA JUSTIFICATIVA AOS DANOS PUNITIVOS

Após as considerações acima realizadas, reservou-se este espaço ao final do capítulo para tratar sobre a *função conscientizadora* da indenização punitiva<sup>164</sup>, especificamente quando analisados julgados sobre a matéria, como se verá adiante, percebe-se que a função punitiva, quando invocada, traz também a ideia de conscientização, assumindo uma função social que, se poderia argumentar, compatível com a racionalidade da indenização punitivo-pedagógica.

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, os danos morais exigem a compreensão quanto ao valor do bem jurídico violado quando se enfrenta questão a eles atinente, o que significa dizer que os direitos contra os quais se atenta são de *valor inestimável*<sup>165</sup>, mas seria suficiente para que se admita a aplicação dos danos punitivos?

Ensina Pietro Perlingieri que o ordenamento jurídico, composto por regras e princípios, constitui o “aspecto normativo do fenômeno social”<sup>166</sup>. O direito positivo, outrossim, pode atuar como instrumento de manutenção do *status quo* ou, por meio de novas regras, alterar a realidade social<sup>167</sup>, não é de se estranhar que a responsabilidade civil tenha ocupado grande parte do atual cenário de discussões sobre novos paradigmas do direito. De acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade:

“A responsabilidade civil remete, de imediato, à ideia de imputação a alguém do dever (sucessivo ou secundário) de reparar, ressarcir ou .fundamental ou um dever primário (ou originário) de não lesar o próximo (*alterum non laedere* ou *neminem laedere*). A partir dessa ideia, aponta-se como função da responsabilidade civil a de reparar, da forma mais completa possível, o dano decorrente de um ato ilícito, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*.”<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 225.

<sup>165</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>166</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*, p. 2.

<sup>167</sup> IDEM, p. 2.

<sup>168</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 177

Com efeito, a *função de conscientização* preconizada por Clayton Reis mostra-se compatível com a reparação integral, uma vez que pretende também evitar a ocorrência de novos danos. Poderia se afirmar, então, que é também preventiva, porém, este efeito decorre, a rigor, de outro fundamento, definido pelo autor como:

“mudança de mentalidade quanto ao processo de valoração dos efeitos dos danos imateriais sobre a personalidade de vítima de forma a se consolidar o princípio da ampla proteção dos bens de espírito, a fim de que as indenizações retratem a efetiva proteção do referido patrimônio sagrado das pessoas, violado pela ação lesiva daquele que ainda não ascendeu aos elevados planos do espírito.”<sup>169</sup>

Apresentada esta nova função que a doutrina começa a discutir para argumentar a aplicabilidade dos danos punitivos, parte-se para o último capítulo deste trabalho, que traz a discussão da interpretação que a jurisprudência tem realizado sobre a matéria.

---

<sup>169</sup> REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 274.

## 5. COMENTÁRIOS À JURISPRUDENCIA

### 5.1 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como se pretendeu demonstrar, o dano moral tem sido objeto de inúmeras teses, em razão de sua eminente expansão, que por diversas vezes se confrontam, seja em função de sua conceituação, delimitação e, principalmente, em função de sua quantificação, conforme se admita ou não um caráter punitivo-pedagógico à indenização<sup>170</sup>. Recai sobre o julgador, portanto, a decisão sobre todas as controvérsias aqui levantadas na apreciação do caso concreto, devendo agir sempre de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Muito embora o tema se mostre de grande relevância e objeto de grandes discussões, no âmbito do Supremo Tribunal Federal não existe ainda posicionamento sobre o instituto, pois sequer existe o requisito de admissibilidade da repercussão geral especificamente sobre a indenização punitiva<sup>171</sup>. O entendimento que se tem encontrado nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, ainda que não tenha sido manifestada oficialmente a opção pela indenização punitiva, mesmo porque é matéria extremamente controversa, é no sentido de desestímulo da conduta:

“Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.”<sup>172</sup>

Observa-se, deste modo, que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem se decidido pela aplicação de uma indenização com caráter preventivo, uma vez que

---

<sup>170</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 269.

<sup>171</sup> Até a data de 29.11.2012. In: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

<sup>172</sup> (REsp 210.101/PR, Quarta Turma, DJe de 9/12/2008).

punitiva e pedagógica, considerando mesmo a situação econômica das partes<sup>173</sup>, observando ainda a problemática questão do enriquecimento sem causa. Aliás, se o julgado acima não menciona especificamente a função que o STJ chama de punitivo-pedagógica, apresenta-se o voto seguinte do ministro Sidnei Beneti em caso de agravo no recurso especial interposto pela cooperativa medida UNIMED:

“(...) de modo que a fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cumprem, no presente caso, a **função pedagógico-punitiva** de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.”<sup>174</sup> (grifei)

Parece razoável, assim, a afirmação de que começa a existir, de fato, por parte da jurisprudência, intenção de aplicação do instituto da indenização punitiva. Deve-se observar, no entanto, se essa admissão *velada* encontra-se em desacordo com as especificações características do instituto, sobre a qual já foi discorrido nos primeiros capítulos. Isto porque, os valores apresentados se mostram efetivamente reduzidos, de modo que neles não se pode verificar valor punitivo.

Para a apreciação desta questão levantada, se faz necessário atentar para recente recurso especial, julgado em maio de 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. Destarte, **considerando o comportamento doloso altamente reprovável dos ofensores, deve o**

---

<sup>173</sup> Eis um problema, muito embora o foco da indenização punitiva seja o ofensor, na jurisprudência brasileira, não raro, remete-se à situação econômica “das partes”, o que apenas agrava a controvérsia já acirrada a respeito do instituto. Pertinente aqui a crítica de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo: “Ora, partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva da lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por suas posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menor aos menos favorecidos.” BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 183. Essa problemática decorre intenção dos julgadores em afastar o enriquecimento sem causa, no sentido de alteração das condições econômicas da vítima, ou seja, ainda que se reconheça que haveria a causa do enriquecimento, representada pela própria existência do dano, a jurisprudência tem resistido ao aumento de indenizações utilizando-se do argumento de que seria vetado utilizar da indenização como mecanismo de alteração de condição socioeconômica do ofendido.

<sup>174</sup> (AgRg em REsp. 148.113/SP, 2012/0034287-7)

**valor do dano moral ser arbitrado, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação**, no montante de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária.”<sup>175</sup> (grifei)

O trecho acima do voto do ministro Raul Araújo contempla uma relação processual em que, no polo passivo, encontram-se duas pessoas físicas, o que entraria em conflito com a função primeira da indenização punitiva, desestimular danos que decorram do exercício das atividades econômicas e, em especial, nas quais o agente econômico busca maximizar seus lucros, alertando para a possibilidade de aplicar os danos punitivos.

Como se percebe, ainda que timidamente, a jurisprudência procura agregar às indenizações um valor que lhes possa conferir efeito pedagógico, na busca por desestimular a conduta e conscientizar o lesante, ainda que rechace o enriquecimento do lesado em razão disso<sup>176</sup>, convergindo, assim, para os apontamentos que se procurou trazer à tona neste trabalho.

Por outro lado, em alguns julgados, mostra-se claramente a intenção quanto à punição do ofensor, em moldes muito semelhantes àqueles do direito comparado. É o caso do voto da ministra Nancy Andrighi, cuidando de ação de indenização por danos morais em razão de morte decorrente de falha na prestação de serviços:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ.

<sup>175</sup> (REsp 839923/MG, Quarta Turma, DJe 21.05.2012)

<sup>176</sup> Partindo de análise inversa, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo afirma que se estes elementos forem usados a partir da perspectiva da condição econômica da vítima com o fim de vetar um suposto enriquecimento ilícito, o julgado seria atentatório à dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da reparação sob o argumento de que, em razão das poucas condições da vítima, o dano em sua esfera extrapatrimonial deveria gerar indenização reduzida. BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 183.

2. Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.

3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).

4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento.<sup>177</sup>

Deve-se ponderar, por fim, se este trato dos julgadores para com a indenização por danos morais seria decorrente da inexistência de parâmetros definitivos e situações bem delimitadas. É neste sentido que se apresenta se apresenta a colocação de Yussef Said Cahali sobre o tema:

“Mas, no que se atrela a reparabilidade do dano moral ao direito da personalidade do lesado, inviabiliza-se desde logo uma enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, como também se tem como dificultosa qualquer tentativa de sua classificação. Em magnífica análise das tendências do direito quanto à proteção da pessoa, Carlos Fernández Sessarego assinala que o direito, que dentro de sua natureza tridimensional (Carlos Cossio), é primariamente – mas não unicamente – vida humana interferida, condutas humanas intersubjetivas, não tem outra alternativa que ser fiel à realidade; ela nos mostra o ser humano como uma unidade ontológica, como uma unidade psicossomática; esta realidade obriga, inexoravelmente, a que os juristas tendam à adoção de uma técnica integral e unitária à proteção da pessoa humana.”<sup>178</sup>

Desta forma, como já afirmado por Carlos Alberto Bittar, a tendência da jurisprudência é buscar sua uniformização, ainda que hodiernamente, em razão da própria natureza da matéria, pareça bastante difícil que isso ocorra, o que incorre em especial receio da comunidade jurídica, principalmente no tocante à segurança jurídica, pois ora os julgados admitem, ora se manifestam contrários à aplicação da indenização punitiva, somado a isso, a reiteradamente apontada escassez de

<sup>177</sup> (REsp 1171826 / RS, Terceira Turma, DJe 17/05/2011)

<sup>178</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. Cit.*, p. 59.

critérios detalhados para sua aplicação se mostra um dos grandes óbices para sua admissibilidade, ainda que, como acima colacionado, represente grande dificuldade o exaurimento de institutos relacionados à proteção de direitos fundamentais.

## 5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS

Da apreciação de alguns recentes julgados não é difícil pensar que uma das grandes problemáticas enfrentadas pelos magistrados é o da segurança jurídica quando se cuida de indenização por danos morais. De acordo com Rui Stoco, o Código Civil vigente teria sofrido poucas alterações no tocante à matéria aqui abordada, herdando muitos de seus posicionamentos da codificação de 1916, o que acarretou na ausência de “critérios objetivos” para se estabelecer a indenização por dano moral<sup>179</sup> e, por isso, pode vir a ocorrer situações em que se manifeste a insegurança jurídica quando da necessidade de apreciar seus conceitos na prática. Sobre o assunto, oferece, ainda Rui Stoco, a solução de um sistema tarifado, que estabeleceria critérios mínimos e máximos para a reparação pecuniária, objetivando que o julgador se atenha a elas<sup>180</sup>, este critério, contudo, só seria viável se descartada de vez a função punitiva ou pedagógica da indenização, uma vez que seu valor estaria condicionado a outros fatores que esgotariam o sistema tarifado.

Em posicionamento diverso de Rui Stoco, Clayton Reis, ao tratar dos parâmetros de aferição do dano moral, afirma que decorrente da composição do “padrão moral” por elementos variáveis e, portanto, necessário que seja legado o arbitramento e convencimento dos juízes<sup>181</sup>. Desta forma, se mostra oportuna a ponderação de Carlos Alberto Bittar:

“Vacilações, no entanto, são notadas, em certos pronunciamentos de nossos magistrados, mas devem ser debitadas à conta do caráter ainda

<sup>179</sup> STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 1711.

<sup>180</sup> Conclui o autor: “Diante disso o sistema tarifado melhor atende o fundamento da reparação do dano moral, desde que se estabeleçam margens mínimas e máximas mais dilargadas e consentâneas com a realidade de hoje, de modo que, diante do vazio da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certa liberdade e discricionariedade na fixação do valor, que estará contido dentro dessas margens.” IDEM, p. 1711.

<sup>181</sup> REIS, Clayton. *A reparação do Dano Moral*, p. 91-92.

recente da formulação em causa e que, com certeza, sofrerão a correção natural que da evolução científica resulta.”<sup>182</sup>

Da mesma forma, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, ainda que se manifeste em desfavor de indenizações punitivas, ao posicionar-se contrário ao tabelamento de indenizações por danos morais, considera que a apuração do *quantum debeatur* deve permanecer na esfera de discricionariedade do julgador, desde paute-se na razoabilidade de proporcionalidade para cuidar do caso concreto, entendendo ainda que estes princípios serviriam como mecanismos para alteração na perspectiva das jurisprudências, passando “de uma jurisprudência de interesses para uma jurisprudência de valores.”<sup>183</sup>

No entanto, subsiste a discussão quanto à segurança jurídica, tendo em vista que, como se procurou demonstrar neste capítulo, não existe consenso definitivo, assim como na doutrina, na jurisprudência quanto a quais critérios se utilizar para o arbitramento das indenizações, isto porque, ainda que formalmente inadmitida, a indenização punitiva tende a aparecer em alguns julgados. Segundo Anderson Schreiber, a utilização pelas Cortes brasileiras do caráter punitivo da indenização implica em manifestação jurisprudencial contrária ao Código Civil, pois este, em seu Art. 944, determina que a indenização seja medida em conformidade com a extensão do dano, e não segundo aos critérios importados com os *punitive damages*, que seriam ainda aplicados de maneira inconsistente em razão às tentativas de concedê-los e, ao mesmo tempo, suprimir o enriquecimento sem causa<sup>184</sup>.

Em outras palavras, conforme os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, parece coerente que o legislador venha a ser instado a se manifestar sobre a matéria, contribuindo para que possa ocorrer maior razoabilidade nos casos de fixação das condenações por danos morais<sup>185</sup> e oferecendo as bases para que se possa colocar fim a boa parte das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

---

<sup>182</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 280.

<sup>183</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 192.

<sup>184</sup> “Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto.” SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 210-211.

<sup>185</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

Em linhas gerais, o que se buscou com o desenvolvimento do presente trabalho parece ter sido, por fim, alcançado. A intenção era apresentar a problematização que, a rigor, decorre da aplicação de indenização punitiva nos países de tradição romano-germânica, demonstrando as principais polêmicas que cercam a discussão quanto à admissibilidade ou não daquela, demonstrando que a discussão parece ainda longe de ser esgotada, ainda que se possa admitir a relevância do tema mesmo para a ordem constitucional, da qual decorre a busca por instrumentos de ampla proteção à pessoa.

## 6. CONCLUSÃO

O ponto que se buscava atingir no decorrer deste trabalho era o de demonstrar a possível existência de lacunas quanto às categorias e instrumentos de proteção de direitos fundamentais, pretendia-se discutir se os institutos hoje admitidos pelo Direito Civil seriam ou não insuficientes frente às novas demandas sociais, trazendo à tona a discussão que cerca a indenização com efeito punitivo e se sua aplicação seria sustentável face à prevalência da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana ou se deveria ser definitivamente abolida, pois entraria em confronto com a unidade do sistema jurídico brasileiro.

No decorrer da pesquisa, observou-se que os critérios econômicos mostraram-se, se não determinantes, bastante relevantes para a discussão proposta, isto porque o fundamento central da matéria analisada se baseia em instrumentos dissuasórios de comportamentos que visam a maximização de lucros em detrimento da dignidade humana. Diante das considerações alcançadas na pesquisa realizada, parece fundamental negar a lógica posneriana da análise econômica, adotando-se a crítica tecida por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pois entende-se que a função da responsabilidade civil não pode ser resumida a instrumento de repressão da competitividade econômica, já que, como observa o autor, esta lógica poderia vir a colocar em um mesmo patamar custos econômicos e custos sociais.

Para além desta discussão, a mudança de paradigma da responsabilidade civil abriu a possibilidade de se questionar os modelos hoje apresentados como mecanismos de solução de conflitos, valendo-se da crise narrada por Anderson Schreiber como forma de impulsionar as já acirradas discussões sobre o instituto dos *exemplary damages*. Não obstante, como se procurou demonstrar, alguns dos argumentos utilizados por boa parte da doutrina para afastar que se chancem os danos punitivos podem ser relativizados e até mesmo superados. Contudo, muitas das pertinentes ressalvas tecidas aos argumentos contrários aos danos punitivos podem também ser superadas, dependendo da escolha de perspectiva que se adote para sua análise. Assim, embora haja um juízo de valor atinente a uma e outra corrente doutrinária, é preciso que se reconheça o esforço teórico de ambas, tanto para admissibilidade quanto para a rejeição da indenização punitiva.

Neste sentido, aquilo que poderia parecer óbvio em um primeiro momento, se mostra cada vez mais complexo diante dos fatores apresentados no decurso do trabalho, configurando uma discussão sobre o assunto sem previsão para se encerrar. O mais fundamental, parece, ao final do trabalho, ser a proteção dedicada àquele que é o princípio que confere unidade a todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana. Sem pretender soar repetitivo, este se mostra o tema central da discussão, pois os demais temas, tanto em sua razão como decorrente de tantos outros argumentos, podem ser relativizados ou mesmo rebatidos, porém, a necessidade de sua manutenção não pode ser atingida nem por um, nem por outro; não se mostrando razoáveis, ou mesmo aceitáveis, teses que poderiam a vir tolher, ainda que parcialmente, sua expressividade.

Por outro lado, permanece a dúvida sobre a extensão das indenizações. Ao observar que o caso da rede Mc Donald's de *fast food* se apresenta como paradigma dos *punitive damages* no tocante a questão do enriquecimento sem causa decorrente da elevada quantia em dinheiro fixada a título de indenização, nota-se que grande parcela dos juristas toma o instituto como excessivo e desproporcional, indo de encontro, não mais somente por sua natureza, mas também por seus reflexos, a outros interesses também tutelados pelo Direito.

Muito embora não se ofereçam respostas a estas questões no trabalho desenvolvido, procurou-se aqui desempenhar a função de formular a problematização necessária para, a partir do lugar da dúvida, oferecer uma sistematização crítica da produção doutrinária e dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Corrêa de. **Dano moral e a indenização punitiva**. 281 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALABRESI, Guido. **Optimal deterrence and accident**. Yale Law School Journal, 1975.

CÁRCOVA, Carlos María. **Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Febrero, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COOTER, Robert and Thomas Ulen. **Law and Economics**. Addison Wesley Longman, 5ª edição, 2007

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade**. In: *Repensando fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo* (org. Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, p. 101-119, 2008.

FACHIN, Luiz Edon e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Pessoa, sujeito e objetos**: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. *Diálogos sobre direito civil*, vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. **Tort Law an Alternatives – Cases and Materials**. New York: The Foundation Press, Inc., 1996.

GOMES, José Jairo. **Solidariedade e cooperação**: um novo estágio na configuração da responsabilidade civil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil**, vol. 11. Curitiba: Saraiva, 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daños a La persona**. Revista de derecho privado comunitário. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-culzoni Editores, 1995.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. Campinas: Copola Livros, 1995.

LÔBO, Paulo. **Obrigações**. Curitiba: Saraiva, 2011.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MELO, Diogo L. Machado de. **A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parta da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)**. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Vozes, 1987.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente**. In Carmen Lucia Silveira Ramos. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, Richard A. **The Law and Economics movement**. In: The American Economic Review, Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, 1987.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal Curso Completo: Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RÉCIO, Cappelari. **Os novos danos à pessoa. Na perspectiva da repersonalização do Direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. **A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação do punitive damages norte-americano no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 30, abr.-jun. 2007.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2012.

SHAPO, Marshall. **Basic principles of tort Law**. St. Paul: West Group, 1999.

SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.