

A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional

The punitive damages in brazilian law: requirements and possibilities from the methodology of constitutional civil law

Régis Gurgel do Amaral Jereissati

Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Defensor Público do Estado do Ceará. E-mail: regisjereissati@yahoo.com.br.

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade e Direito dos danos na sociedade de risco. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Editora da Pensar, Revista de Ciência Jurídica da Universidade de Fortaleza. E-mail: joyceane@unifor.br.

Resumo: O *punitive damages*, instituto de origem americana, foi incorporado à ordem jurídica pátria por meio da jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, há quem critique sua aplicação no Brasil, dentre outros argumentos, por conta de seu viés penal, o que seria incompatível com a finalidade para a qual se volta a responsabilidade civil, assim como pela ausência de previsão legal no ordenamento jurídico e pela impossibilidade de se atribuir ao ofendido montante econômico superior ao dano por ele sofrido. Neste artigo, examina-se a indenização punitiva sob a compreensão da metodologia do direito civil constitucional. Analisa-se, para tanto, o sentido conferido à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988 e se investiga o significado a ser outorgado ao dano moral. Após, explora-se a indenização punitiva, esta última tanto na perspectiva do direito americano como no direito brasileiro. Chega-se, então, ao estudo da perspectiva civil constitucional, para, ao final, propor uma leitura acerca da função punitiva. O método adotado é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chaves: *Punitive Damages*. Dano Moral. Direito Civil Constitucional.

Abstract:The punitive damages, an institute of American origin, was incorporated into the juridical order of the country through jurisprudence, in particular that of the Superior Court of Justice. However, there are those who criticize its application in Brazil, among other arguments, because of its criminal bias, which would be incompatible with the purpose for which civil liability is returned, as well as the lack of legal provision in the legal system, and impossibility of attributing to the offended economic amount superior to the damage suffered by him. This article examines punitive damages under the understanding of the methodology of constitutional civil law. Therefore, the meaning given to the dignity of the human person by the Constitution of the Federative Republic of Brazil Federal of 1988, analyzing the meaning to be given to moral damage. Afterwards, punitive damages are explored, the latter both from the perspective of American law and Brazilian law. The article then arrives at the study of the constitutional civil perspective, in order to propose a reading about the punitive function. The method adopted is the bibliographical and jurisprudential research.

Keywords: Punitive Damages. Moral Damages. Constitucional Civil Law.

Introdução

A indenização punitiva é objeto de intenso debate doutrinário. Discute-se a possibilidade de sua aplicação haja vista que os elementos que o compõem no sistema americano não estão inteiramente presentes no direito brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça, desde o ano de 1997, tem aplicado uma função punitiva em alguns casos que tratam de reparação por danos morais, ainda que as decisões correspondentes não especifiquem o *quantum* indenizatório que segue esse caráter dissuasório e punitivo. Paralelamente, há severas críticas doutrinárias que se opõem à atribuição dessa função punitiva a responsabilidade civil. Fundamentam-se no rigor do perfil funcional reparatório e compensatório do instituto, o qual exclui a função punitiva por considerá-la própria à responsabilidade penal, ou mesmo na inadequada transposição do *punitive damages* para o direito brasileiro, haja vista o desvirtuamento dos critérios adotados pelo direito norte-americano, no qual essa figura jurídica foi cunhada.

Neste contexto, propõe-se analisar a possibilidade de aplicação da indenização punitiva à responsabilidade civil no âmbito do direito brasileiro, a partir da metodologia do direito civil constitucional, a fim de verificar a sua adequação aos valores presentes na Constituição Federal. Oportunamente, examinar-se-ão as principais críticas formuladas pela doutrina brasileira, visando a sua confirmação ou a uma possível refutação.

Para o desenvolvimento dessa análise, o texto se divide em quatro tópicos, partindo da discussão sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua influência em toda a ordem jurídica, como uma cláusula geral de proteção à pessoa. Informa ainda o perfil funcional do dano moral, destacando a sua relevância na tutela da pessoa. O segundo tópico trata especificamente da transposição do *punitive damages* para o direito brasileiro, destacando os critérios originais que foram abandonados e as adaptações que têm sido realizadas por nossos tribunais. No terceiro tópico aborda-se a temática sob a metodologia do direito civil-constitucional para, ao final, averiguar a legalidade do perfil punitivo da responsabilidade civil e os limites de sua aplicação.

1 A dignidade da pessoa humana como valor central da ordem jurídica constitucional e o perfil funcional do dano moral

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º, III, CF/88), incumbindo-lhe assegurar à pessoa os meios para o desenvolvimento de sua personalidade e a manutenção de uma vida digna¹. Mostra-se, nos dias de hoje, como o único princípio que parece ser capaz de conferir unidade axiológica e lógica sistemática ao ordenamento jurídico, haja vista

1 TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 59.

seu escopo primordial: a tutela da pessoa. Ademais, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, os diversos ramos do direito são atingidos, permitindo-se a reconstrução dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil².

É em virtude desse princípio que se reconhece a todos e a cada um, o valor dignidade, rememorando o pensamento kantiano de que o homem não pode ser precificado. Por essa qualidade intrínseca e distintiva, cada ser humano é merecedor de especial proteção e respeito pelo Estado e pela comunidade. Do princípio “dignidade da pessoa humana” decorre um conjunto de direitos e deveres fundamentais que evocam liberdades negativas e prestações positivas do Estado. Dele decorre o direito ao desenvolvimento da personalidade, à liberdade, à integridade física e psíquica e à proteção contra todo tratamento desumano ou degradante. Também lhe assegura prestações estatais indispensáveis à garantia de condições existenciais mínimas de uma vida saudável e integrada à comunidade. Por meio dessas prestações é que se lhe proporciona e se lhe favorece uma participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência e no meio social mediante o respeito às demais pessoas³.

A dignidade da pessoa humana se apresenta como elemento de ponderação no caso de conflito entre princípios e direitos assegurados constitucionalmente. Por meio desse princípio se justificam eventuais restrições às normas que sejam até mesmo jusfundamentais, sendo por isso compreendido como “limite dos limites” aos direitos fundamentais. A restrição imposta, no entanto, não poderá ser desproporcional nem afetar o núcleo essencial do direito⁴.

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 84.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

4 SARLET, op. cit., p. 150-151.

De um modo mais peremptório, Moraes⁵ sustenta que, a despeito da possibilidade de conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, igualmente fundamentadas em princípios constitucionais, o fiel da balança, compreendido como valor absoluto e inegociável, será a dignidade da pessoa humana. Por esta razão, somente os seus corolários ou subprincípios poderiam ser ponderados e relativizados. É nesse sentido que Paulo Lôbo⁶ sustenta a preponderância do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios, não estando ele próprio sujeito a qualquer relativização.

O substrato material dessa dignidade decorre do fato de ser a pessoa humana: um sujeito moral e ético que reconhece nos demais um sujeito igualmente merecedor de tutela, portanto, a quem deve ser assegurado respeito à sua integridade psicofísica e à sua autodeterminação, como integrante de um grupo social, em face do qual não podem ser marginalizados⁷. Portanto, são corolários da dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade. O malferimento dos interesses albergados por esses subprincípios implicará, conseqüentemente, no desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A despeito das inúmeras formas de tutela da pessoa, o dano moral irrompe como uma resposta à violação aos seus interesses existenciais, notadamente àqueles que importam em direito de personalidade. Sua aplicação decorre da concretização da cláusula geral de tutela da pessoa que se fundamenta, primordialmente, nos princípios da dignidade, da igualdade e da solidariedade.

5 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

6 LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 26-27.

7 MORAES, op. cit., p. 85.

Em atenção a natureza da condição humana, que traz para a pessoa um valor a qual não se pode atribuir um preço, a função elementar do dano moral se expressa em termos de compensação⁸ e não de reparação do dano⁹. Como o intuito do ordenamento jurídico é assegurar a máxima garantia à pessoa humana, em qualquer aspecto da sua vida social, na hipótese da sua personalidade ser ameaçada ou violada¹⁰, o dano moral será apenas uma das formas de realizar essa finalidade. Outros mecanismos deverão ser cotejados, a exemplo das ações condenatórias, da tutela inibitória e até mesmo da ação penal.

O dano moral tem sido associado à ocorrência de “sentimentos de dor e humilhação, das sensações de constrangimento ou vexame”. Porém é necessário que tais elementos subjetivos se façam acompanhar pela concreta ofensa à dignidade da pessoa humana ou seja a “injunta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade”¹¹. Últimas linhas, a reparação do dano moral se apresenta como uma contrapartida do princípio da dignidade humana¹².

A cláusula geral de tutela da pessoa humana, na condição de fundamento maior do ordenamento jurídico, reformula a dogmática do direito

8 Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A indenização por danos morais não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de amenizar o respectivo dano” (STJ, Primeira Turma, REsp. nº 685.025/SC (2004/0129437-9), Rel. Min. Luiz Fux, j. em 07/12/2006, DJ 05/02/2007). Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=685025&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em 11 dez. 2016.

9 RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4. n. 2, p. 01-24, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016. p. 12.

10 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 182.

11 MORAES, op. cit., p. 132-133.

12 MORAES, op. cit., p. 132.

civil. Antes de funcionar como o diploma das relações patrimoniais, por excelência, o direito civil está centralizado na tutela das situações existenciais. Para tanto permitiu-se, inclusive, a “*funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais*”¹³.

Neste aspecto, o perfil funcional do dano moral não mais se limita a reparar os danos sofridos. A compensação se mostra insuficiente, sendo, por vezes, necessária aditar-lhe uma feição punitiva e preventiva para oferecer uma resposta adequada à nova realidade social.

As experiências humanas tornaram-se complexas, de modo que as relações sociais são cada vez mais dinâmicas e mutáveis, exigindo respostas adequadas e eficazes. As leis pautadas em regras específicas têm se tornado obsoletas em um tempo cada vez mais curto. Não sem razão se registra a importância das chamadas cláusulas gerais e do papel interpretativo do aplicador do direito¹⁴. Nesse sentido que se justifica a possibilidade de redimensionamento do perfil funcional do dano moral.

É seguindo essa perspectiva hermenêutica que a tutela dos direitos humanos se expandiu para além do direito penal. O delineamento dos direitos de personalidade não se apresenta por meio de uma tipificação precisa ou por meio de uma relação jurídica-tipo, mas por uma caracterização abrangente e generalizante. A realização plena do princípio da dignidade da pessoa humana é pauta do projeto constitucional vigente e não se concretiza por meio de uma perspectiva setorial (direito público ou direito privado) ou por técnicas ressarcitórias e repressivas, exclusivamente. Requer instrumentos de promoção da pessoa em toda e qualquer situação jurídica que vier a

13 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 102.

14 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 231-232.

participar, seja no âmbito contratual, extracontratual, de direito público ou de direito privado¹⁵.

Embora o dano patrimonial seja de fácil aferição o dano moral já não o é, disso resultando um dos graves problemas da responsabilidade civil no Direito brasileiro¹⁶. Diferente do que ocorre no dano a um automóvel, a um bem material, o que se apresenta como baliza para a quantificação do dano patrimonial, os danos à personalidade não tem preço, tampouco as condutas humanas podem ser padronizadas, assim como a aferição patrimonial de seus efeitos em situações existenciais¹⁷. A indenização por dano moral deve tomar por base as características pessoais de quem sofre a ofensa, não se podendo pretender formular mecanismo de uniformização do valor sem levar em conta os elementos que informam cada pessoa, diferenciando-a das demais¹⁸.

Frente a essa problemática, os tribunais devem fixar as balizas que sirvam como norte interpretativo, mas não podem tabelar o *quantum* indenizatório para tipos específicos de lesão extrapatrimonial (como morte de filho, lesão corporal grave, extravio de bagagem etc.). Conjugando-se os elementos que compõe o caso concreto e o marco fixado pela jurisprudência, ter-se-á o resultado indenizatório, podendo este superar ou ficar aquém do parâmetro adotado¹⁹.

15 TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48-49.

16 PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul.-dez. 2007. p. 20.

17 BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Prescrição e reparação do dano moral. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 227.

18 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

19 Esta é a compreensão do STJ: "Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais" (STJ, Segunda Turma, REsp. nº 604.801/RS (2003/0180031-4), Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23/03/2004, DJ 07.03.2005 p. 214), Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente>

2 *Punitive Damages*: sua origem e a transposição para o sistema jurídico brasileiro

Os *punitive damages*, também chamado de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, caracterizam-se como uma espécie de indenização punitiva, por meio da qual a pessoa recebe uma compensação econômica significativamente superior ao dano sofrido, “tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção (*deterrence*). Opõem-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*”, ou seja, ao valor proporcional ao dano sofrido²⁰.

Trata-se de uma figura que se encontra entre o direito civil e o direito penal, voltada para penalizar aquele que provocou o dano, fazendo-o por meio da aplicação de uma sanção pecuniária em favor do ofendido²¹ ou por outro meio que se mostre eficaz. O instituto surgiu nos Estados Unidos da América e sua primeira aplicação se deu no julgamento do caso *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784). Neste caso, após aceitar participar de um duelo de pistolas, um médico colocou, secretamente, na taça de vinho do rival, uma dose significativa de cantaridina, propondo então um drinque de

=ITA&sequencial=463241&num_registro=200301800314&data=20050307&formato=P DF>. Acesso em 11 dez. 2016.

20 Moraes (2003, p. 219-220) traz sua origem histórica: “A teoria da “pena privada” foi defendida, em meados do século XX, por Boris STARCK, em tese na qual procurava demonstrar que a “*hostilité universelle*” para com tal doutrina era gratuita e injustificada. Esta teoria havia sido sustentada, na França do início do século, por Louis HUGUENEY, e jazia completamente esquecida, praticamente sem adeptos, até que STARCK, particularmente influenciado pelo fundamento do risco e desejoso de oferecer, através da noção de garantia, uma nova sistematização à responsabilidade civil, atribuiu à *faute* (e ao dolo, bem entendido) a consequência da pena privada. A teoria tornou-se, de fato, útil quando se percebeu a necessidade de buscar fundamentos com maior poder de adesão para fortalecer a idéia da reparação do dano moral, neutralizando o argumento moral que a afastava, pois que, não havendo como submeter a qualquer tipo de aferição em concreto a extensão do dano, o pagamento da quantia em dinheiro pelo ofensor poderia ter, pura e simplesmente, o caráter de sanção”. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 16.

21 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258.

reconciliação. Como a bebida causou dores extremas na vítima, esta levou o caso a juízo e a Suprema Corte de Carolina do Sul findou por condenar o ofensor, considerando que sua malícia, naquela situação, deveria resultar num “punição exemplar”²².

Sua aplicação no direito norte-americano toma por base os seguintes critérios: sua fixação é pelo júri, na maior parte dos casos; analisa-se a conduta do ofensor, independente do tipo de dano causado à vítima; o *punitive damages*, em regra, não se apresenta como um “direito subjetivo” do ofendido, estando a depender da discricionariedade do júri que irá julgar o caso; não é aplicável na responsabilidade contratual, apenas na extracontratual e desde que reste provado se tratar de conduta dolosa e, em alguns estados da federação, também a decorrente de negligência grave²³. Sua incidência, naquele país, se mostra necessária às hipóteses de danos particularmente graves que terminam por causar uma lesão transindividual ou mesmo comunitária, servindo a pena como mecanismo de desestímulo²⁴.

Nos Estados Unidos não há legislação federal fixando os critérios para aplicação dos *punitive damages*. Os precedentes judiciais é que têm apontado os requisitos essenciais de cunho subjetivo ou objetivo à sua aplicação. Examinam-se, sob o aspecto subjetivo, a intenção do ofensor ao perpetrar a conduta ilícita e socialmente repreensível. E, sob o aspecto objetivo, exigem-se: i) a existência de um ato ilícito decorrente de uma relação extracontratual (*tort*) ou de um inadimplemento contratual total ou parcial (*breaches of contract*); e ii) a ocorrência de um prejuízo, com exceção dos *torts* “dedutíveis per se” (*actionable per se*) que justifiquem uma reparação civil,

22 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

23 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 19.

24 *Idem*, p. 16.

mesmo que os prejuízos efetivos não sejam alegados ou demonstrados, tais como no caso de *assault* ou *false imprisonment*²⁵.

É necessário temperar eventual encantamento com o instituto e sua apropriação pelo Brasil, pois o seu uso abusivo pelo judiciário americano foi um dos fatores que suscitou a crise do instituto da responsabilidade civil nos Estados Unidos, na década de 1980²⁶. Exemplo desse excesso está no caso *Liebeck v. McDonald's, P.T.S., Inc.*, D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994):

Stella Liebeck, uma distinta senhora de 79 anos de idade, entrou para a história do direito norte-americano ao comprar um café numa lanchonete *drive-through* da rede McDonald's. Sentada no banco do passageiro de um carro, ela colocou o copo de café entre as pernas e tentou remover a tampa de plástico, puxando-a na sua direção. Acabou derramando todo o conteúdo do café nas próprias pernas e sofrendo queimaduras de terceiro grau. Stella ficou oito dias hospitalizada e passou por um longo tratamento médico. Recuperada, propôs ação judicial contra o McDonald's. Um júri formado por doze pessoas decidiu que a rede deveria pagar a Stella 200 mil dólares, a título de compensação pelos danos sofridos, e quase três milhões de dólares, a título de *punitive damages*.²⁷

Tamanho foi o exagero desta decisão que se reduziu o valor da indenização para um montante próximo a 640 mil dólares, e deste ainda houve

25 GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive damages* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, fev. 2016. p. 3.

26 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 371-372.

27 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19.

recurso. Entretanto, as partes entraram em composição por valores que não vieram a ser divulgados²⁸.

Martins-Costa e Pargendler²⁹ observam que, a partir do caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1996, foram estabelecidas três balizas para a condenação em *punitive damages*, sendo elas:

- a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu, examinando-a a partir dos seguintes elementos: 1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; 2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde e a segurança dos outros; 3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; 4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; 5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;
- b) a disparidade ente o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;
- c) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Assim sendo, o sistema americano considera que a indenização punitiva só terá viabilidade quando as *compensatory damages* forem insuficientes como resposta à repreensível conduta do ofensor, hipótese em que a este devam ser impostas outras sanções voltadas à punição pelo dano ou à prevenção de condutas semelhantes³⁰. De todo modo, nem mesmo os *punitive damages* devem ser excessivos.

28 *Idem*.

29 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 19.

30 *Idem*.

No Brasil, o Código Civil prevê que a conduta voluntária, seja ela comissiva ou omissiva, mesmo que decorra de negligência ou imprudência, mas que viole direito, causando um dano a terceiro, ainda que este unicamente moral, pratica ilícito civil passível de indenização (art. 186). A ilicitude também se configura quando o agente, de modo manifesto, ultrapassa os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, ou ofende os bons costumes ou, ainda, a boa-fé (art. 187). Quem pratica dano a terceiro, decorrente de conduta ilícita, está obrigado a repará-lo (art. 927), sendo o montante da indenização estimado pela dimensão do prejuízo provocado (art. 944), não sendo admitido o enriquecimento sem causa, sob pena de ter de restituir o que fora indevidamente percebido, devendo os valores ser monetariamente corrigidos (art. 884).

Na seara constitucional, não há mais dúvida quanto ao cabimento da indenização por dano extrapatrimonial, seja na esfera da responsabilidade subjetiva ou na objetiva (art. 5º, V e X, e art. 36, § 6º), mas não define o sentido a ser atribuído ao dano moral, cabendo este ser extraído a partir dos valores constitucionais.

Na tradição pátria, cabia ao direito civil a função unicamente reparatória, enquanto a atuação punitiva competia ao direito penal³¹. Contudo, no que tange ao dano moral, a doutrina brasileira passou a conferir-lhe duplo caráter, ou seja, o compensatório, que busca compensar o dano sofrido, e o punitivo, com a finalidade de castigar o ofensor pelo prejuízo causado³² ou preventivo, cuja finalidade é desestimular terceiro que possa, no futuro, vir a provar lesão como àquela que é objeto de julgamento pelo magistrado.

Não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro a disciplinar a indenização punitiva. Quando da edição do projeto de lei que resultaria no Código de Defesa do Consumidor, chegou-se a dizer que o

31 Püschel (2007, p. 24) considera a pena uma sanção, como um mal que é atribuído a quem violar uma norma jurídica, cuja finalidade é atingir um objetivo que seja do interesse social, seja como prevenção geral negativa ou positiva, a prevenção especial, ou de outra modalidade de interesse.

32 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

legislador estaria a consagrar, em seu art. 16, o *punitive damages*. Ocorre que tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República³³.

Por outro lado, Almeida³⁴ defende que o parágrafo único do art. 42 do CDC constitui-se como hipótese de indenização punitiva, na medida em que visa atribuir à devolução em dobro função de caráter pedagógico e também desencorajar o fornecedor quanto a prática de condutas como aquela que é objeto de reprimenda. Como o dispositivo não examina o elemento subjetivo daquele que faz a cobrança do título pago, e como o CDC impõe a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, não se pode estimar que se trate de indenização punitiva.

A ausência de sua regulamentação fez surgir a desaprovação de Moraes³⁵, sustentando a inviabilidade de sua aplicação que relativiza a lógica do sistema jurídico, o qual adota a lei como fonte primária das normas jurídicas. Além do que, a indenização punitiva não pode ser utilizada de modo indiscriminado, sob pena de causar lesão a princípios fundamentais, descaracterizando o costume nacional de que a reparação do dano causado é a finalidade última da responsabilidade civil, e não as funções punitiva e dissuasória que preveem o castigo e a prevenção como elementos a ela intrínsecos. Ademais, a maior parte dos fatos que viabilizam a aplicação do caráter punitivo também se enquadram como condutas criminosas, de forma que um mesmo evento viabilizaria uma dupla punição, uma na seara civil e outra na penal³⁶.

33 ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 54, p. 161-172, 2005. p. 168.

34 *Idem*.

35 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258.

36 MORAES, *op. cit.* p. 260-261.

É neste sentido que Schreiber³⁷ também considera a indenização punitiva incompatível ao sistema jurídico brasileiro. Justifica a sua posição em cinco argumentos:

- a) o art. 944, do Código Civil, ao prever que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, impede que o dano moral seja mensurado para além do que efetivamente compõe o prejuízo sofrido;
- b) o julgador está vinculado à lei quanto à possibilidade de imputação de pena, pelo que não é possível sua aplicação sem que haja expressa cominação legal (*nulla poena sine lege*);
- c) o processo penal assegura o contraditório à imputação formulada na petição inicial, fazendo com que o réu saiba qual a medida da defesa que deverá produzir para se contrapor à acusação, o que não ocorre no processo civil em que a mensuração compete, unicamente, ao magistrado, não se possibilitando ao agente contrapor-se previamente aos elementos que serão levados em conta para a fixação da penalidade;
- d) inexistente justificativa para a pessoa que sofreu a ofensa receber o valor decorrente do caráter punitivo, devendo tal montante ser destinado a uma entidade que não possua finalidade lucrativa;
- e) não se explica o porquê da indenização punitiva estar relacionada ao dano moral e não ao patrimonial;
- f) ao se condenar ao pagamento do dano moral deixa-se de indicar qual o montante correspondente a compensação e a punição, fixando a verba conjuntamente, o que resulta no afastamento do intuito dissuasório do agente, o que não ocorre no direito norte-americano em que há a divisão da indenização em compensatória (*compensatory damages*) e punitiva (*punitive damages*).

37 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20-21.

Às críticas formuladas por Shreiber, aditam-se as seguintes indagações: sendo o dano punitivo uma espécie de pena aplicável às demandas individuais, se o ofensor for processado em mais de uma ação reparatória por vítimas diferentes, qual delas logrará receber a indenização punitiva? Admitindo-se a replicação da pena em mais de uma ação, não restaria ferida a principiologia do direito penal no sentido de que a pessoa só pode ser penalizada uma única vez pela mesma conduta? Se apenas uma das vítimas lograr receber o dano punitivo, as demais não seriam prejudicadas no plano da igualdade?

E quanto aos seguros de responsabilidade? Uma indenização que traz o aspecto punitivo não poderia ser objeto de contrato de seguro, pois esvaziaria a sua *ratio* – na medida em que o segurador é quem efetua o pagamento e não o ofensor³⁸.

Inegável que a função punitiva da reparação do dano moral tem encontrado guarida na doutrina e na jurisprudência brasileiras³⁹. Ao analisar-se a posição do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete dar a última palavra quanto a correta interpretação da lei federal, percebe-se sua adesão a tal vertente interpretativa, o que termina por potencializar sua utilização nas outras esferas judiciais.

A propensão por seu uso decorre do fato de inserir na responsabilidade civil a ideia de “pena privada”⁴⁰. Inicialmente, pagar a dor sofrida era, no mais das vezes, entendido como imoral, por ser um “direito da dor”, pelo que foi necessário buscar uma solução para que as indenizações, decorrentes de ofensa a direitos extrapatrimoniais, não continuassem a ter caráter

38 PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007. p. 22.

39 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-218.

40 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. p. 16.

unicamente figurado. Neste aspecto, observou-se que a sustentação da pena privada era admissível em algumas categorias de danos extrapatrimoniais⁴¹.

Os adeptos da indenização punitiva aplicam-na como um elemento que compõe o dano moral⁴². Isso se deve ao fato desta modalidade de dano ter sido objeto de grandes debates até antes do advento da Constituição Federal de 1988, assim como por se relacionar as discussões sobre o cabimento de indenização quando não ocorrer prejuízo patrimonial⁴³.

O caráter punitivo, enquanto elemento ínsito ao dano moral, justifica-se no perfil dissuasório, pedagógico ou punitivo que se pode atribuir a esse tipo de indenização. De qualquer modo, a vítima já terá sido condenada em razão do próprio dano sofrido. A indenização poderá assumir um duplo aspecto: compensatório, em face da tristeza ou aflição causada à vítima pelo dano injusto; e, punitivo, como uma penalidade exemplar expressa na indenização que venha a importar na redução do patrimônio material do ofensor em benefício da pessoa que sofreu a ofensa⁴⁴. Nesse caso, não teríamos, no Brasil, um *quantum* à parte qualificado como indenização punitiva. O montante compensatório poderia incluir os dois aspectos.

41 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233.

42 O Tribunal da Cidadania já se posicionou em sentido diverso: “A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 1.440.721 – GO (2014/0050110-0), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11/10/2016, DJe 11/11/2016), Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1440721&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 11 dez. 2016.

43 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

44 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

Os julgadores brasileiros, ao fixarem o montante da indenização, não individualizam os valores correspondentes à compensação e à punição⁴⁵. Nesta perspectiva, é de se discutir se tem sido feita uma transposição do instituto *punitive damages* para o Brasil ou se apenas acentuamos o perfil punitivo da indenização pelo aumento do valor compensatório.

3 Metodologia do direito civil constitucional: o mecanismo para se alcançar uma solução para a problemática

Para analisar a possibilidade da indenização punitiva, é fundamental avaliar o perfil funcional da responsabilidade civil⁴⁶ e sua conexão com os dados da realidade. O ordenamento jurídico, em sua unidade, conforma a função de cada instituto aos valores constitucionais e aos fins sociais a que se destinam⁴⁷. Em última análise, todos são funcionalizados ao valor pessoa, apostos ao vértice hierárquico da ordem jurídica.

Nessa toada, os fins de cada um dos institutos, incluindo-se os da responsabilidade civil, não estão presos à sua tradição histórica ou aos domínios exclusivos do Código Civil. Integram um ordenamento jurídico uno, estando todos conjugados para a realização dos valores constitucionais

45 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

46 Santos e Mendes (2016, p. 101) advertem: “A análise funcional dos institutos do direito civil, todavia, não é uma criação doutrinária recente. Léon Duguit, no limiar do século XX, já afirmava que o direito objetivo é regra de conduta que se legitima pela busca de um fim (*but*), dando ao direito uma perspectiva diferente daquela estabelecida pelo individualismo jurídico. Assim, um ato será valorado juridicamente em razão de seu conteúdo, e não porque possui como sustentação unicamente a vontade do sujeito”.

47 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 670-671.

– elementos que constituem a liga do sistema. Já não é o Código e sim a Constituição da República, o núcleo irradiante das relações privadas⁴⁸.

O *Direito Civil Constitucional* ou *Direito Civil na Legalidade Constitucional* resulta na ressignificação das categoriais e dos conceitos fundamentais do direito civil tradicional, cuja origem data de séculos, com a finalidade de buscar responder as necessidades que emergem no meio social em adequação às normas constitucionais. Isso para que o direito civil possa responder a sua histórica vocação de ser “um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo”⁴⁹. Ante a contínua evolução e transformação, a realidade social fez surgir novos valores, necessidades e desafios cujo enfrentamento não se faz apenas pelo Código Civil, enquanto um sistema insular, base de sustentação da defesa dos interesses individuais⁵⁰.

Assim, para a aplicação dos institutos de direito civil, o intérprete deve adotar as seguintes premissas: 1) não se deixar levar pela “imensidão do oceano normativo” nem pelo “simplismo da norma mais específica”, pois todo conflito há de ser solucionado com base no ordenamento jurídico; 2) não desconsiderar a atuação legislativa até porque “o legislador se

48 Ao tratar da constitucionalização do direito civil, Lôbo (2014, p. 20) adverte: “Mas os direitos fundamentais que dizem respeito ao Direito Civil resultam da migração de direitos subjetivos civis fundamentais para o âmbito constitucional, por escolha dos representantes constituintes, num momento histórico em que a sociedade elegeu aqueles que são seus valores essenciais e fundamentais, e os verteu em normas constitucionais. Quando isso ocorreu, em 1988, noventa preceitos constitucionais fundamentais passaram a conformar o direito civil, relativos a direitos da personalidade, às pessoas (físicas e jurídicas), aos contratos, à propriedade, ao direito das sucessões, enfim, a todos os segmentos em que nossa disciplina se divide”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

49 LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 20.

50 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 304.

vale cada vez mais de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras normas de conteúdo aberto” que viabilizam a conformação normativa para as novas situações; 3) o direito civil, por mais que comporte uma releitura constitucional, é uma parcela do direito que busca assegurar “o pleno desenvolvimento do ser humano e a tutelá-lo em suas mais essenciais manifestações”⁵¹.

Como se vê, o direito civil constitucional não prende o intérprete à literalidade do texto, mas também não lhe confere liberdade para recriá-lo segundo suas opiniões e instintos pessoais. Permite-lhe tomar por base os valores da sociedade, considerando os resultados que advirão do direito a ser aplicado, adotando como referência a concretização da Constituição⁵². Antes de usar a literalidade do texto legal, deve considerar o ordenamento jurídico em sua unidade, constituído por normas e princípios que se baseiam nos valores culturais e sociais, como referência⁵³.

As normas constitucionais tem incidência condicionante sobre o legislador ordinário, mas também sobre quem interpreta e aplica o Direito, cabendo a este adotar uma decisão coerente e compatível com a

51 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 21-23.

52 Idem.

53 Santos e Mendes (2016, p. 102-103) concluem: “Decerto, a Constituição da República trouxe como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que impõe uma releitura de todos os institutos tradicionais de direito civil, de forma a adequá-los à nova diretriz humanística constitucional. Ao reler o direito civil à luz da Constituição, pretende-se privilegiar os valores não patrimoniais, como o desenvolvimento da personalidade humana, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada, nas situações jurídicas patrimoniais. Como visto, com a funcionalização dos institutos do direito civil visa-se a descobrir qual a finalidade que deve ser adotada para o melhor cumprimento dos objetivos constitucionais, para a tutela da pessoa humana, não só na perspectiva individual, mas também solidarista e relacional. Assim, não basta que toda situação jurídica patrimonial somente receba tutela pelo ordenamento ao cumprir uma função social, é imprescindível que a função social atribuída à determinada situação jurídica seja a que melhor atenda e concretize os objetivos constitucionais”. KONDER, Carlos Nelson. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 45.

Constituição⁵⁴. A interpretação dos princípios constitucionais ganha ainda mais relevo, conferindo uma baliza para a aplicação das regras existentes, ou, na sua ausência, dispor sobre as regras de conduta a partir da realidade vivenciada ao tempo da sua aplicação⁵⁵.

Na metodologia civil constitucional, a apreensão do direito decorrerá sempre dos valores constitucionais, mesmo que haja regramento legal disciplinando a matéria. Nenhuma norma pode ser aplicada por mera operação de subsunção, sendo imperiosa a necessidade de ponderação em face das normas e valores constitucionais, notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana como já referido. Por mais claro que possa parecer o texto normativo, o conteúdo da citada norma jurídica deve ser sempre o resultado da ponderação do ordenamento jurídico como um todo, tomando-se por base os elementos do caso concreto. O intérprete deve considerar todo o alicerce legislativo existente, assim como os elementos fáticos, ou seja, a situação econômica dos sujeitos, sua formação cultural, circunstâncias do conflito etc.⁵⁶.

A solução do conflito no caso concreto não pode se afirmar numa regra isolada e sim confirmada pela inteireza dos valores e princípios fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico em sua unidade⁵⁷. Ainda quando houver como se colmatar a lacuna no sistema normativo ordinário, deve-se socorrer aos princípios constitucionais, os quais terão aplicação di-

54 SOARES, Felipe Ramos Ribas; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes. Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 72.

55 KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43-44.

56 TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 50.

57 TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, jul./set., 2015. p. 6.

reta em todos os casos. Não se pode esquecer a unidade do ordenamento, o qual se mostra complexo, e o sistema de hierarquia das fontes e valores constitucionais. Tanto assim que Perlingieri⁵⁸ enfatiza:

A teoria da interpretação, mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do *caos* legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevalecentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

E para favorecer solução jurídica mais próxima a uma realidade social em constante transformação, é de se valorizar as chamadas cláusulas gerais. São elas que viabilizam maior mobilidade ao juiz para poder ajustar o sistema jurídico à realidade presente. Isso não implica, entretanto, numa atuação judicial arbitrária e fundada em meras concepções subjetivas, decorrentes de uma ideologia pessoal ou valores extrajurídicos⁵⁹.

58 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 222.

59 Terra (2016, p. 51) ainda destaca: “A aplicação direta dos princípios constitucionais, dotados de considerável abstração, também confere ao magistrado notável grau de discricionariedade. Quanto maior a abstração e abertura das normas constitucionais à moralidade e à política, maior o espaço de discricionariedade do jurista na aplicação das mesmas. As normas de conteúdo aberto são suscetíveis de pluralidade de níveis de satisfação, ao contrário das regras específicas, com limitada capacidade aplicativa. Naquelas situações, portanto, o intérprete, valendo-se da técnica da ponderação, encontrará mais de uma solução possível, e deverá optar por uma delas observando os parâmetros impostos ao exercício de seu poder discricionário”. TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 51-55.

Sob tal perspectiva deve-se considerar que o princípio da legalidade, ao tempo da revolução francesa, servia como norma de salvaguarda e respeito ao direito positivo. No momento atual, além de ser uma norma protetiva do ordenamento –, o que lhe credita uma função conservadora –, deve também ser compreendido em uma dimensão reformadora para a “realização de uma ordem mais moderna”, na medida em que “é funcionalmente coligado aos valores do ordenamento e valorado segundo um juízo de congruência e adequação às opções de fundo, mesmo institucionais, do sistema jurídico ao qual pertence”⁶⁰. Se esse processo hermenêutico requer maior esforço do interprete, não lhe atribui um poder absoluto⁶¹. A atividade jurisdicional é condicionada ao dever de fundamentação (art. 93, IX, CF/88), a partir de uma construção argumentativa que não poderá transbordar a realização dos valores constitucionais.

O papel criativo desempenhado pelos magistrados não implica em mero *decisionismo*, ou *voluntarismo judiciário*. Até mesmo a ideia de segurança jurídica necessita ser revista. Não é seguro admitirem-se decisões afastadas do contexto sociocultural ou pior, das normas constitucionais. É fundamental o ajuste axiológico prescrito pela Constituição Federal, por meio da criação de uma dogmática consistente que possa responder aos novos fenômenos sociais e suas respectivas mudanças, os quais se mostram complexos. Por isso, faz-se necessário “fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial”⁶².

60 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 250-251.

61 TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 54.

62 TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*: Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2008. p. 46.

Neste aspecto, é possível um ativismo judicial legítimo, desde que voltado para extrair a máxima potencialidade do texto constitucional. Inadequado seria o ativismo judicial invasivo da esfera de atuação dos demais Poderes ou simplesmente assentado na criação livre do Direito⁶³.

Em suma, a aplicação do dano punitivo, no Brasil, não pode se valer dos mesmos critérios assinalados pela jurisprudência americana. Eventual caráter punitivo da indenização se aloca em atenção aos valores constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, mas não necessariamente se absorverão todos os pressupostos e configurações cunhadas pela jurisprudência norte-americana para o que se chamou *punitive damages*.

Há, no Brasil, um sentimento geral de que a reiterada violação de direitos merece um enfrentamento severo, inclusive, no plano da responsabilidade civil – por meio da indenização punitiva. É como se as sanções administrativas e penais, previstas para os casos de danos praticados no âmbito das relações de consumo ou do direito ambiental, fossem insuficientes. Mas, como se tentou demonstrar acima, não é fácil adequar a indenização punitiva ao sistema de reparação de danos praticado no Brasil. Mesmo quando a responsabilidade civil tenha se mostrado, ao longo do tempo, como um instituto mais próximo às demandas da sociedade e tenha ganhado relevância em face das novas problemáticas advindas da sociedade hipercomplexa.

A maior parte dos danos para os quais se clama “punição” decorre de comportamentos sociais e não de condutas individuais, o que justificaria a postura do direito privado em favor do elo mais frágil⁶⁴ para a redução

63 TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 69.

64 Esta compreensão da doutrina está cristalizada no Enunciado 38 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ do Conselho da Justiça Federal – CJF, tem o seguinte teor: “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

de possíveis conflitos sociais⁶⁵ e a coibição dos comportamentos deslocados da solidariedade social. Nesse aspecto, a indenização meramente compensatória pode se mostrar insuficiente ou pior – configurar um estímulo a continuação da prática lesiva. No jogo de interesses econômicos, pode ser mais vantajoso o pagamento das indenizações individuais de caráter compensatório do que encerrar a conduta danosa.

Nesse contexto, e para hipóteses semelhantes, o princípio da solidariedade poderia figurar como a fundamentação base da indenização punitiva. A conduta atentatória de interesses mercedores de tutela, malferindo o princípio da solidariedade justificaria uma resposta judicial tendente a reprimir ou prevenir a sua repetição ou continuidade.

Tomando o texto constitucional por referência, a “igualdade, solidariedade e desenvolvimento pleno da pessoa tornam-se os parâmetros axiológicos de uma jurisprudência e de um aparato conceitual a ser criado como compromisso de uma geração de juristas”. Compete, então, ao jurista fazer uma revolução nos conceitos, em especial no que diz respeito a sua função, direcionada a escolhas históricas que sejam qualitativamente novas⁶⁶. É necessário apostar em soluções contemporâneas para as novas problemáticas, de sorte que a construção argumentativa do jurista persiga, ao cabo e ao fim, o atual sentido de justiça⁶⁷.

A adoção de mecanismo dissuasório e punitivo no âmbito da responsabilidade civil termina por produzir benefício em prol da coletividade como um todo, concretizando o princípio da solidariedade social. Presta-se

65 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al.(Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 306.

66 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55-56.

67 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 322.

a evitar a perpetuação da prática do ilícito ou a ofensa ao interesse protegido. Esta tem sido a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁸.

Os direitos mais relevantes à pessoa –, tais como os direitos fundamentais que decorram ou não dos atributos da personalidade, além dos direitos difusos e coletivos –, são de caráter extrapatrimonial, pelo que o aspecto repressivo da responsabilidade civil não traz uma solução satisfatória na hipótese de suas violações. Faz-se necessário adotar-se também o sistema de natureza preventiva⁶⁹. Como referido, muitas empresas, cujos produtos são causadores de danos em grande escala, continuam a produzir e a causar danos porque, segundo a relação custo/benefício, entendem mais vantajoso manter a sua prática e arcar com o custo da indenização àquelas pessoas que, pontualmente, ingressarem em juízo, pleiteando o ressarcimento individual⁷⁰.

Assim, a aplicação da função punitiva à indenização por dano moral pode ser uma alternativa apta a desestabilizar esse raciocínio do mercado e estabilizar a tutela dos interesses juridicamente protegidos⁷¹. Para evitar

68 “O *quantum* indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade” (STJ, Primeira Turma, REsp. nº 685.025/SC (2004/0129437-9), Rel. Min. Luiz Fux, j. em 07/12/2006, DJ 05/02/2007).

69 VENTURI, Thaís G Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva e possíveis instrumentos de atuação: a autotutela e as despesas preventivas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 360.

70 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 16.

71 A IV Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado nº 379 que tem o seguinte teor: “O art. 944, *caput*, do CC/2002 não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. *Idem*.

o uso excessivo do dano punitivo, Martins-Costa e Pargendler⁷² adotam a orientação de que somente deve ser utilizado em quatro situações específicas, quais sejam: 1) na responsabilidade civil “sem dano” de natureza econômica que seja imediatamente percebível, tal como ocorre nos casos de lesões aos direitos da personalidade; 2) no caso do lucro obtido com o ato ilícito ser superior ao dano; 3) quando a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é menor que a perspectiva de causar danos; e 4) nos “crimes de bagatela”.

Até mesmo Moraes⁷³, crítica ferrenha da importação do *punitive damages*, não exclui, por completo, a aplicação do caráter punitivo às indenizações. Entende, porém, que a sua utilização deve ser excepcionalíssima e restrita às hipóteses previstas em lei. Admite que é de se aceitar o caráter punitivo das indenizações por dano moral para “aquelas situações potencialmente causadoras de lesão a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental”. Nesses casos, a *ratio* será a função preventivo-precautória ínsita ao caráter punitivo da indenização. Mas isso não faz com que esse caráter punitivo seja equiparado ao *punitive damages* que, como demonstrado acima, segue com outros pressupostos – estranhos à responsabilidade civil brasileira. Nos casos de ofensa aos interesses coletivos e difusos, eventual indenização seguirá para os fundos de responsabilidade.

A despeito da relevância dos argumentos que seguem a esteira de Moraes⁷⁴, a doutrina italiana tem alimentado a conjugação da função compensatória com a função punitiva, atribuindo à indenização por danos morais um condão específico de pena privada. Admite-se também que se des-

72 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

73 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

74 Idem.

tine à vítima, uma elevada soma de dinheiro a ser paga pelo ofensor como uma forma de lhe imputar um castigo ou uma punição instituída pelo direito privado e não pelo direito penal⁷⁵.

No Brasil, o STJ tem seguido essa linha, agregando à função compensatória do dano moral, uma nota punitiva, no instante em que amplia o *quantum* compensatório⁷⁶. Na valoração dessa função punitiva tem adotado, porém, os seguintes critérios: o grau de culpa do ofensor; a condição econômica de quem causou a lesão; e, o ganho obtido por conta da prática do ilícito. A contribuição da doutrina tem acrescentado outros elementos, quais sejam: a intensidade e duração do sofrimento sentido por quem sofreu a ofensa; as perdas das chances da vida e dos prazeres na esfera da vida íntima ou social; e as condições econômicas ou sociais da vítima, ante a vedação do enriquecimento sem causa⁷⁷.

Não raro, a função punitiva segue implícita nas decisões. Quando o magistrado examina o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito, certamente, estará aplicando o caráter punitivo do dano moral. Em tais hipóte-

75 MONTEIRO, Antônio Pinto. A indenização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, p. 102-120. Jul.-Set. 2015.

76 Sobre a questão, veja-se: “... O valor fixado para o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há equidade e razoabilidade no *quantum* fixado. A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima.” (STJ, Primeira Turma, REsp. nº 965.500/ES (2007/0152416-4), Rel. Min. José Delgado, j. em 18/12/2007, DJ 25/02/2008 p. 1), Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=965500&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 11 dez. 2016, e ainda: “O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva” (STJ, Segunda Turma, AgRg no Ag nº 1.259.457/RJ (2009/0234442-4), Rel. Min. Humberto Martins, j. em 13/04/2010, DJe 27/04/2010), Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1259457&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em 11 dez. 2016.

77 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 23.

ses, pune-se quem praticou o dano “pois a situação passa a ser analisada na sua perspectiva, seja valorando o elemento subjetivo que norteou sua conduta, seja aplicando-lhe a pena conforme sua condição financeira”⁷⁸.

Nessa matéria, é importante que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal cumpram a função de consolidar a unidade do sistema jurídico, com a exposição clara e estável das razões do seu entendimento, produzindo decisões adequadas, previsíveis e coerentes concretizadoras da legalidade constitucional⁷⁹. Neste passo, é possível haver uma construção jurisprudencial no sentido de distinguir, no momento do arbitramento dos danos, o que corresponde a cada um dos elementos que está sendo valorado. A adoção de motivação, quanto a cada uma das parcelas que irão compor o *quantum debeatur*, concretiza o dever de fundamentar a decisão judicial, dando azo a uma justa indenização. Do contrário, na hipótese em que a condenação não se mostrar clara em seus fundamentos e motivações, a parte adversa poderá, inclusive, interpor os recursos pertinentes.

É preciso enfatizar, por sua vez, que a aplicação do caráter punitivo das indenizações não autoriza aos julgadores pátrios a fixação de cifras exorbitantes, repetindo por aqui a crise que a responsabilidade civil sofreu nos Estados Unidos. A necessidade de fundamentação da decisão judicial, a fim de conferir-lhe validade, é um mecanismo hábil à contenção dos excessos. O sistema recursal pátrio confere aos tribunais superiores a possibilidade de fixarem teses jurídicas que servem de referência e balizamento à jurisdição nacional, tal como ocorre com o recurso especial repetitivo. Exageros pode-

78 RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4. n. 2, p. 01-24, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016. p. 15.

79 FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 16.

rão vir a ocorrer, mas o STJ poderá, ainda que excepcionalmente⁸⁰, corrigir os excessos, como tem feito desde o ano de 1997⁸¹, quando passou a entender competir-lhe reexaminar o valor dos danos morais, no que se incluem os danos punitivos⁸², fixados pelas instâncias inferiores.

Ao julgar o REsp. nº 401.358/PB, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entendeu que o *punitive damages* pode ser aplicável no Brasil, desde que não provoque enriquecimento sem causa (art. 884, do CC/02)⁸³. Mas

80 “Dano moral fixado em parâmetro razoável, inexistindo abuso a justificar a excepcional intervenção do STJ a respeito.” (STJ, Quarta Turma, REsp. nº 530.618/MG (2003/0082888-6), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 19/08/2004, DJ 07/03/2005 p. 260), Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=530618&b=ACOR&p=true&l=10&i=37>>. Acesso em 11 dez. 2016.

81 O primeiro acórdão a tratar da questão no STJ foi o REsp. nº 74.532 /RJ (Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 11/03/1997, DJ de 12/05/1997, p. 18808), Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500469863&dt_publicacao=12-05-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 11 dez. 2016. Mas, o tribunal somente assumiu tal posição de modo expresso a partir do REsp. nº 53.321/RJ (Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 16/09/1997, DJ de 24/11/1997), Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400265239&dt_publicacao=24-11-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 11 dez. 2016.

82 Gattaz (2016, p. 6-7) relata que fez uma pesquisa na jurisprudência do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Mato Grosso, Distrito Federal e Territórios, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, para então constatar que “dos 101 (cento e um) acórdãos analisados, apenas 9% admitem a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, sendo que 22% não admitem e 69% admitem uma aplicação ‘restrita’, ou seja, com ressalvas”, sendo esta atuação restritiva no sentido de vedar o enriquecimento sem causa, resultando no cálculo das indenizações em valores tão reduzidos que, por vezes, restou descaracterizada a indenização punitiva. O emprego “restritivo” do instituto nos acórdãos deu-se da seguinte forma: TJSP (60%); TJMG (73,4%), TJDFFT (100%). A fundamentação utilizada foi: vedação do enriquecimento sem causa (81%), princípio da legalidade das penas (5%), ausência de previsão legal que viabilize a aplicação do instituto (9%), limitação imposta pelo art. 944, do CC (6%). Os tribunais que mais adotaram a plena aplicação da indenização punitiva foram o TJSC (37,5%) e o TJRS (16,6%). Por outro lado, o TJSP foi o que mais proibiu a utilização do instituto (37%). Por fim, acentua que em 50% dos casos a relação jurídica tratava-se de natureza consumerista.

83 O teor da decisão é o seguinte: “A rigor, a indenização por dano moral trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento (como no dano material), até porque o bem moral não é suscetível de ser avaliado, em sua precisa extensão, em termos pecuniários. O fato é que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer – e aí com revelação de certa perplexidade – no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de

as razões do recurso não aplicam os critérios usados nos Estados Unidos e, a despeito da referência à expressão *punitive damages*, o tribunal apenas aplicou o efeito punitivo/preventivo ao dano moral – seguindo o valor do desestímulo sem promover um enriquecimento sem causa.

No direito norte-americano, admite-se que o valor pago como indenização punitiva seja revertido em prol do acionante por ele atuar como “private attorney general”, um protetor da sociedade, devendo ser pagos os “serviços” prestados. Essa solução não é uniforme para todos os Estados americanos, uma vez que treze deles ainda preveem que uma parcela seja destinada a fundos públicos⁸⁴. No Brasil, tem-se admitido a reversão do valor da condenação em favor do autor da ação individual.

indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos *'punitive damages'*. *'Punitive damages'* (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as *'punitive damages'* como a 'teoria do valor do desestímulo' posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apura-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das *'punitive damages'* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 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. Oportuno observar, ainda, que a Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo.” (Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernandes Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª Região), j. em 05/03/2009, DJe 16/03/2009), Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=401358+resp&b=ACOR&p=true&l=10&i=222>>. Acesso em 11 dez. 2016.

84 GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive damages* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, fev. 2016. p. 5.

Os danos sofridos podem ser os individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Estes dois últimos dão azo a ações de dano moral coletivo por meio da ação civil pública, enquanto o primeiro permite a sua defesa por meio de ação individual ou coletiva. Na hipótese em que o objeto da ação for o interesse individual homogêneo, a liquidação da ação poderá ser pautada em atenção aos dados individuais de cada vítima. Nos casos em que a ação coletiva dispõe sobre interesses coletivos ou difusos, a indenização será destinada ao fundo de proteção a esses interesses, tal qual define a lei.

Rosenvald⁸⁵ defende que se os danos tiverem natureza imediatamente difusa, 75% do valor deve ser destinado a Fundos que se voltem à proteção de interesses difusos e 25% em prol do particular. Acrescenta ainda que, quando a sanção civil buscar conferir uma resposta exemplar, por conta da ofensa a situações jurídicas existenciais contra ofensores que tenham potencial de ter comportamentos reiterados, 50% do montante há de ser destinado ao autor da demanda e os outros 50% a entidades beneficentes.

Essa proposta não parece muito consistente, em especial quanto à percentagem que propõe ser canalizada ao particular e ao fundo. Por que foi fixada nesse patamar? Qual fundamentação jurídica? Nas demandas coletivas que perseguem a defesa de interesses individuais homogêneos – a indenização deve ser fixada em atenção à extensão do dano sofrido e as vicissitudes de cada caso. Ou se está em face de um interesse individual homogêneo ou se está em face de interesse difuso.

É possível, contudo, que a defesa de tais interesses, que podem ser qualificados como “individuais homogêneos”, em face da ação de certo ofensor, não se faça por meio de uma única ação “coletiva”. Cada vítima pode demandar isoladamente e obter respostas judiciais diversas, sem que se possa estabelecer uma uniformidade na condenação.

Assim, a título exemplificativo, uma primeira solução seria propor-se ação civil pública, cujo objeto deva ser em defesa de quaisquer dos três tipos

85 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 227.

de interesses (difuso, coletivo ou individual homogêneo) para, ao ser julgada procedente, viabilizar, em sede de execução de sentença, a dimensão do número de agentes atingidos e da extensão da lesão (no caso de interesse individual homogêneo). Em outra hipótese, apreciando uma ação individual, ao perceber a extensão da causa, o magistrado poderá oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados previstos na Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, da Lei nº 7.347/85), para que promovam a respectiva ação coletiva (art. 139, X, do CPC). Uma terceira possibilidade será por meio do recurso especial repetitivo (art. 1036 e ss., CPC), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se podem fixar balizas quanto ao valor devido a título de compensação e de indenização punitiva⁸⁶.

A Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) disciplinando o dano moral coletivo prevê que a condenação em dinheiro seja destinada a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, dele participando, necessariamente, o Ministério Público e os representantes da comunidade, sendo seus recursos revertidos à reconstituição dos bens lesados (art. 13).

A sanção punitiva busca impedir a reiteração de ilícitos, razão pela qual não será possível a sua transferência para um terceiro que ocupe a condição de garante legal ou contratual. Tal “sanção” é personalíssima, tal como ocorre com a responsabilidade penal. O contrato que pretende garantir um risco será nulo se este derivar de ato doloso provocado pelo segurado, beneficiário ou representante de um ou de outro (art. 762, do CC). Além do mais, se o segurado agravar intencionalmente o risco do objeto do contrato perderá o direito à garantia (art. 768, do CC). Portanto, está vedado con-

86 É certo que os tribunais superiores só examinam questão de direito, pelo que não têm como adentrar no exame dos elementos fáticos que informam a controvérsia. No entanto, como já referido, no que diz respeito ao dano moral, o STJ tem mensurado seu valor, quando observa estar ele excessivo ou ínfimo, pelo que o recurso repetitivo poderá ser mecanismo de uniformização dos parâmetros a serem seguidos numa determinada hipótese em que restarem presentes os elementos para a fixação da indenização punitiva.

tratar um seguro com a finalidade de garantir o pagamento da indenização punitiva⁸⁷. No entanto, mostra-se possível a indenização compensatória ser coberta por um seguro de responsabilidade.

Por sua vez, a indenização punitiva só pode ser fixada quando se tratar de responsabilidade subjetiva com a finalidade de desestimular a prática de ato ilícito⁸⁸, sendo inadmissível quando a responsabilidade for objetiva⁸⁹, tal como quando ocorre na relação jurídica consumerista, ambiental, nuclear e estatal, ante à impossibilidade de valoração do grau de culpa⁹⁰. A conduta culposa não viabiliza sua aplicação, pois o agente, para ser responsabilizado, deve agir ao menos com dolo, e quando sua ação ou omissão resulte

87 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65.

88 Exemplificativamente: STJ, Terceira Turma, REsp. nº 1.120.971/RJ (2008/0112653-7), Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28/02/2012, DJe 20/06/2012. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1120971&b=ACOR&p=true&l=10&i=5> >. Acesso em 11 dez. 2016.

89 GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive damages* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, fev. 2016. p. 4.

90 Nesta toada, o STJ considerou: “É inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo”. É importante destacar que a ementa não foi suficientemente clara a indicar que não se admite a indenização punitiva no âmbito dos danos ambientais por se tratar de espécie de responsabilidade objetiva. Entretanto, examinando o voto do relator resta evidenciado como se deu a construção do entendimento, *verbis*: “... Novamente, Annelise Monteiro Steigleder realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. (...) Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) –, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal)” (STJ, Segunda Seção, REsp. nº 1.354.536/SE (2012/0246647-8), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 26/03/2014, DJe 05/05/2014). Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1354536&b=ACOR&p=true&l=10&i=6> >. Acesso em 11 dez. 2016.

em “fundado e grave juízo de reprovação”⁹¹. Aproxima-se, desta forma, da doutrina Norte-Americana que considera só ser viável sua aplicação ante a existência de elementos subjetivos⁹², tais como a culpa grave, o dolo, a malícia, a fraude, dentre outros⁹³.

Conclusão

Neste aspecto, respondendo aos óbices apresentados por parcela da doutrina, conclui-se pela viabilidade da aplicação da indenização punitiva no Brasil, ainda que não equiparada ao *punitive damages* americano, senão vejamos:

- a) A função punitiva compõe o dano moral, ante o efeito moralizador que lhe confere, não sendo propriamente uma decorrência do direito penal, não podendo ser conjugado com a previsão de que “não há

91 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005. p. 21.

92 Sob tal perspectiva, mostra-se incorreta a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o AI nº 455.846/RJ, senão vejamos: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (‘EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES’) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.” (STF, AI nº 455.846/RJ, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11/10/2004, DJ 21/10/2004 p. 18, RDDP n. 22, 2005, p. 160-163), Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28455846%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hy3d23x>>. Acesso em 11 dez. 2016.

93 Idem.

- crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, CF/88)⁹⁴;
- b) Não há dupla punição (penal e/ou administrativa e civil) para um mesmo fato, sendo viável haver mais de uma responsabilização por conta da independência relativa das instâncias (art. 935, CC)⁹⁵;
 - c) O arbitramento dos danos extrapatrimoniais deve ser conjugado com consideráveis valores indenizatórios a título punitivo, sob pena de ser estimulada a reincidência do ofensor, deixando de reduzir a violação de direitos;
 - d) Somente é possível haver a indenização punitiva nos casos de responsabilidade civil subjetiva, pois deve ser examinado o grau de culpa do ofensor, sendo inaplicável na responsabilidade civil objetiva;
 - e) Quando a conduta for de maior reprovação, seja ela fundada no dolo ou na culpa grave, conjuga-se o caráter punitivo com o compensatório, mas nem sempre será viável a conjugação do dano extrapatrimonial com a indenização punitiva, em especial quando nem mesmo os elementos subjetivos estiverem presentes, tal como ocorre na responsabilidade objetiva;
 - f) O art. 944, do Código Civil, que disciplina decorrer o montante indenizatório da extensão do dano, é inapropriado aos danos extrapatrimoniais por não haver como aquilatar monetariamente a extensão

94 Püschel (2007, p. 21) discorda desta posição pois considera que “embora seja possível argumentar em favor de uma aplicação mais branda do princípio ao Direito Civil – em virtude da menor gravidade da pena imposta –, dispensando-se a previsão de tipos rígidos como no Direito Penal, não se pode escapar da questão de sua conciliação com a responsabilidade civil punitiva”.

95 O STJ posiciona-se no sentido de que “em virtude da independência entre as instâncias criminal e cível, a coisa julgada criminal só acarretará efeitos na esfera cível, para aferição de responsabilidade civil, no que se refere aos aspectos comuns a ambas as jurisdições quanto à materialidade do fato e à autoria do ilícito (art. 935 do Código Civil)” (STJ, Terceira Turma, REsp. nº 1.496.867/RS (2011/0220309-3), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 07/05/2015, DJe 14/05/2015), Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405447&num_registro=201102203093&data=20150514&formato=PDF >. Acesso em 11 dez. 2016.

- do dano extrapatrimonial, razão pela qual se adota o princípio da proporcionalidade tal qual ocorre na esfera penal;
- g) Não havendo previsão legal expressa no ordenamento jurídico pátrio, a indenização punitiva decorrerá dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social;
- h) O arbitramento judicial da indenização deve levar em conta as condições de quem sofre a ofensa e a gravidade do dano provocado, sendo que, quanto a este último, ao se examinar as condições pessoais do ofensor, tais como seu grau de culpa e o nível econômico por ele ocupado, deve-se balizar a referida intensidade impedindo-se que o julgador enverede por um juízo arbitrário com a “mercantilização das relações existenciais”;
- i) O magistrado, por conta da necessidade de fundamentação da decisão judicial, deve distinguir o montante dos danos que corresponda aos danos extrapatrimoniais e ao caráter preventivo ou repressivo, sob pena de nulidade da decisão (art. 93, IX, CF/88; art. 489, CPC);
- j) O pedido formulado, a título de dano moral, deve corresponder ao valor pretendido pelo autor da ação de indenização (art. 292, V, CPC), não sendo admissível formular-se pedido genérico, o que possibilita ao Réu tomar ciência da extensão do pleito formulado, inclusive a título de caráter punitivo, podendo a ele contrapor-se em sua defesa, não havendo que se falar em ofensa a garantia do contraditório⁹⁶;

96 Gattaz, ao tratar do *due process clause*, o que corresponde no Brasil ao devido processo legal mas em sentido mais amplo pois “abrange não apenas o aspecto processual como garante também um direito fundamental do cidadão de ter um julgamento justo em todos os sentidos” (2016, p. 14) observa que “somente na hipótese de haver indenizações exorbitantes e injustificáveis, também chamadas nas cortes de ‘skyrocketing punitive damages’, é que se teria uma violação a tal direito fundamental – até mesmo porque uma verba indenizatória ‘grossly excessive’ configuraria uma aplicação incorreta da indenização punitiva” (2016, p. 10), de modo que, nem mesmo no Direito americano, onde o instituto foi desenvolvido, argumenta-se ofensa a garantia do contraditório, enquanto decorrente do devido processo legal, quando a aplicação da indenização punitiva dê-se em parâmetros razoáveis.

- k) O STJ, enquanto tribunal responsável por uniformizar a jurisdição acerca da interpretação da lei federal, poderá adentrar no exame da quantificação do dano moral para, de modo excepcional, alterar a fixação, impedindo a fixação de valores exorbitantes;
- l) Os valores arbitrados a título de indenização punitiva poderão ser revertidos ao autor da demanda sem que isso importe em enriquecimento sem causa, mas, quando se tratar de ação civil pública, os valores do dano moral coletivo serão destinados ao fundo previsto em lei;
- m) A responsabilidade pelo pagamento da indenização punitiva é personalíssima, não se admitindo o agravamento intencional do risco contratual (art. 768, CC) ou que o risco resulte de conduta dolosa praticada pelo segurado (art. 762, CC), sendo, portanto, inviável a contratação de seguro com a finalidade de transferir a função punitiva a terceiro;
- n) Cada um dos ofendidos deverá, *a priori*, receber *quantum* a título de indenização punitiva equivalente, sendo mensurado a partir da extensão do dano sofrido, o que poderá ser alcançado por meio do(a):
 - + Propositura de ação civil pública que, ao ser julgada procedente, viabilizará, na fase do seu cumprimento, verificar o número de agentes atingidos e a extensão da ofensa sofrida por cada um deles, quando se tratar de direito individual homogêneo;
 - + Propositura de ação individual, cabendo aos demais lesados nela buscarem se habilitar a título de *amicus curiae* (art. 138, do CPC) para que possa contribuir com o julgamento da causa, por meio da apresentação de elementos fáticos que demonstrem a extensão da ofensa praticada, ou a possibilidade de condutas danosas reiteradas, possibilitando ao julgador oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, tanto quanto possível, os outros legitimados para que seja proposta ação civil pública (art. 139, X, do CPC);
 - + Sistema recursal, meio pelo qual o STJ poderá, através do recurso especial repetitivo (art. 1036 e ss., CPC), estabelecer parâmetros a

título de compensação e de punição ou dissuasão, ante a extensão e gravidade da lesão praticada.

Adotando-se tais premissas, vê-se que o dano punitivo, ao ser introduzido na ordem jurídica nacional, não resta descaracterizado, conservando as premissas básicas que resultaram no seu surgimento. Além disso, compatibiliza-se com os valores que informam a ordem constitucional em vigor, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social.

Referências

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos punitive damages no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 54, p. 161-172, 2005.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Prescrição e reparação do dano moral. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 223-231.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 303-314.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 15-17.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive damages* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 964, p. 191-214, fev. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25-45.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32. jan./mar. 2005.

MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 5, p. 102-120. Jul./Set. 2015.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 01-24, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 97-124.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1-23.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes. Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microssistemas. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 71-95.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**: Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 5, jul./set., 2015.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25-45.

VENTURI, Thaís G Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva e possíveis instrumentos de atuação: a autotutela e as despesas preventivas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 357-373.

recebido em 20 jan. 2016 / aprovado em 20 jun. 2016

Para referenciar este texto:

JEREISSATI, R. G. A.; MENEZES, J. B. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 225-265, jan./jun. 2016.