



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NEWTON BEVILAQUA DIAS NETO

**DIMENSÃO FUNCIONAL DA INDENIZAÇÃO: ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO
SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL**

FORTALEZA

2018

NEWTON BEVILAQUA DIAS NETO

DIMENSÃO FUNCIONAL DA INDENIZAÇÃO: ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO
SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Maria Jose Fontenelle
Barreira Araújo.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B467d Bevilaqua Dias Neto, Newton.
DIMENSÃO FUNCIONAL DA INDENIZAÇÃO : ANÁLISE ACERCA DA (IN)APLICABILIDADE
DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE
RESPONSABILIDADE CIVIL / Newton Bevilaqua Dias Neto. – 2018.
45 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Profa. Ma. Maria Jose Fontenelle Barreira Araújo.

1. Responsabilidade civil. 2. Indenização punitiva. 3. Dano moral. 4. Ativismo. 5. Judicialização. I. Título.
CDD

NEWTON BEVILAQUA DIAS NETO

DIMENSÃO FUNCIONAL DA INDENIZAÇÃO: ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO
SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Responsabilidade civil.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ms. Maria Jose Fontenelle Barreira Araújo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Aleksandra do Carmo Silva Botão
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Aos meus pais, família e amigos.

AGRADECIMENTOS

A minha família, em especial aos meus pais, por toda a dedicação, suporte, amparo, sem os quais esse momento jamais seria possível.

Aos meus amigos, os quais tenho o privilégio de chamá-los de irmãos, pelo companheirismo, os diversos momentos divididos e as melhores histórias para contar.

Aos colegas de trabalho que tive, por todo o conhecimento partilhado durante as oportunidades de estágio que recebi.

A todos os professores que passaram pela minha formação, não só superior, mas desde primária, pela solicitude e a imensurável relevância em minha vida.

A minha orientadora, Professora Mazé, que há tantos anos contribui para a formação dos juristas oriundos da Faculdade de Direito da UFC, exercendo com maestria a arte da docência e cativando a todos pela sua amabilidade.

À banca examinadora, Professora Fernanda Cláudia e Mariana Lobato, pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

RESUMO

O que se busca no presente trabalho é verificar se há margem para a aplicação da indenização punitiva no nosso ordenamento jurídico e se, com essa possibilidade, não estaria havendo, por meio daquilo que chamamos de ativismo judicial, uma deturpação da função da responsabilidade civil no Brasil, a qual possui caráter eminentemente compensatório (art. 944 do Código Civil de 2002). Para tanto, fez-se uma análise bibliográfica passando pela doutrina e jurisprudência nacional, tendo também algum enfoque na dimensão internacional da temática. É indubitável que o direito tem que acompanhar os fenômenos sociais. E a metodologia do Direito Civil-Constitucional consolidou diversos princípios no nosso ordenamento jurídico, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual hoje é reconhecido como um dos fundamentos da República e autoriza a então inserida cláusula geral de tutela da pessoa humana, estabelecida no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Inclusive, por meio desta metodologia, foi conferida, à Constituição, aquilo que chamamos de eficácia horizontal, de forma que todas as demais normas do ordenamento jurídico devem tê-la como parâmetro. Essa mudança no ordenamento jurídico teve diversas implicações nas mais diversas áreas do Direito. No que diz respeito à responsabilidade civil, fato que houve uma mudança total de foco, uma vez que, a preocupação deixou de ser em achar o culpado do dano, e passou a ser a reparação integral da vítima ou ofendido. Outra implicação na seara da responsabilidade civil foi o surgimento das possibilidades de indenização por danos morais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização punitiva. Dano moral.

ABSTRACT

The purpose of this study is to verify whether there is scope for punitive damages in our legal system and if, through this possibility, we would not have a misrepresentation of the civil liability function in the Brazil, which has an eminently compensatory nature (article 944 of the Civil Code of 2002). For that, a national and international bibliographical analysis of the subject was made. In this sense, it is undoubted that the law has to accompany social phenomena. And the methodology of civil-constitutional law has consolidated several principles in our legal system, such as the principle of the dignity of the human person, which today is recognized as one of the foundations of the republic and guides the then inserted general clause of protection of the human person, established in art. 1 of the Federal Constitution of 1988. Even through this methodology, what we call horizontal efficacy was conferred on the constitution, so that all other norms of the legal order must have it as a parameter. This change in the legal system had several implications in the most diverse areas of law, however, with regard to civil liability, there was a total change of focus, since the concern was no longer in finding the culprit of the damage, and passed to be the full compensation of the victim or offended. Another implication in the area of civil liability was the emergence of the possibility of compensation for moral damages.

Keywords: Civil liability. Punitive damages. Activism. Related searches

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	17
2.1	A metodologia do direito civil constitucional.....	17
2.2	Ativismo judicial e o novo papel do judiciário na contemporaneidade.....	20
2.3	A nova face da responsabilidade civil.....	22
3	RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL.....	25
3.1	Responsabilidade civil: evolução histórica, características e pressupostos..	25
3.2	Dano moral: conceito e critérios para a fixação do quantum possível de reparação.....	28
4	FUNÇÃO PUNITIVA NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO.....	32
4.1	Funções do dano moral	32
4.2	A função Punitiva no Sistema jurídico brasileiro de responsabilidade civil e o papel da Jurisprudência.....	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o direito tem de acompanhar as evoluções históricas, nesse sentido, a metodologia do Direito Civil constitucional, estabelecendo a horizontalidade das normas em relação à Constituição, teve reflexos em todas as áreas do direito, não sendo diferente no caso da responsabilidade civil.

As inovações metodológicas trazidas pelo Direito Civil constitucional revolucionaram o instituto da responsabilidade civil no Brasil, de forma que houve uma mudança importante de paradigma no que diz respeito ao dano ressarcível.

O foco deixou de ser o dano e passou a ser a vítima, donde a responsabilidade civil ter perdido o caráter antes eminentemente fundado na culpa. Destaque-se que alguns autores chamam esse fenômeno de objetivação da responsabilidade civil, posto que a responsabilidade civil fundamentada na culpa é subjetiva, e a responsabilidade objetiva independe deste critério.

Com essa mudança de paradigma, a maior preocupação de institutos como o da responsabilidade civil passa a ser a tutela da pessoa humana, pelo que, entende-se que, quando se buscava somente o culpado, ou seja, o causador do dano, muitas das vezes as vítimas não conseguiam o ressarcimento pelo dano que sofreram, e referido dano acabava se tornando um dano injusto, porquanto restando irressarcido.

Esta nova feição se deu em conformidade com a utilização de princípios constitucionais, os quais se traduzem em fundamentos da República, como parâmetro interpretativo do Código Civil de 2002, notadamente, se estabelecem como princípios basilares os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Nesse sentido, a maior preocupação com a figura da vítima resultou no aumento de possibilidades de atribuição de responsabilidade objetiva dentro do ornamento jurídico brasileiro. Entretanto, o tema é controverso, visto que, a regra é, afinal, a responsabilidade civil subjetiva.

Dito isto, questiona-se se ainda existe a possibilidade de aplicação da função punitiva da indenização no sistema de responsabilidade civil brasileiro em alguns casos específicos em que há a existência de culpa grave, ou dolo, visto a reprovabilidade de tais condutas.

Outrossim, destaque-se que entende-se que o sistema brasileiro de reparação, ou seja, de responsabilidade civil, possui função eminentemente compensatória, visto que, conforme a legislação civil, o indenização mede-se em conformidade com o dano sofrido.

Isto posto, se faz necessário analisar a evolução do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, estudar a dimensão funcional do dano extrapatrimonial com foco na teoria do ‘punitive damages’, bem como sanar as dúvidas que surjam acerca de suas classificações, os meios de sua utilização, as consequências de seu uso no ordenamento jurídico e seus limites.

No primeiro capítulo do trabalho tratar-se-á de uma breve exposição acerca da metodologia do Direito Civil Constitucional, bem como papel do judiciário, leia-se o ativismo judicial no atual cenário jurídico.

Ademais, ainda no primeiro capítulo será feita uma exposição acerca da responsabilidade civil como uma problemática jurídica, bem como o seu novo paradigma, ou seja, a sua nova face pós Promulgação da Constituição Federal de 1988, passando por explicações acerca da metodologia do Direito Civil constitucional e de assuntos relacionados ao ativismo judicial.

No segundo capítulo será abordada a evolução histórica da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, leia-se no códigos civis de 1916 e 2002, a época das codificações oitocentistas, da descodificação.

Será ainda realizada uma explanação acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como do conceito de dano moral.

No terceiro capítulo será examinada a função da responsabilidade civil no Brasil, a qual é preponderantemente compensatória, e se legislação pátria abre ou não margem para a atribuição de outras funções.

Responder a questões como relativas à aplicação do dano punitivo no sistema jurídico brasileiro é precisamente o que se propõe no presente estudo, por meio do criterioso estudo das questões atinentes aos institutos relacionados à responsabilidade civil e a teoria do punitive damages na doutrina, bem como com a busca pelo substrato da experiência alienígena, por meio de pesquisas bibliográficas nos ordenamentos americano e inglês, já bastante avançados na temática, buscar-se-á formar bases doutrinárias sólidas para melhor compreensão do instituto, visando a possibilitar sua mais apropriada aplicação no âmbito do Direito Civil brasileiro.

Para alcançar o fim deste trabalho, a metodologia utilizada será baseada em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, mediante explicações havidas de doutrinas de autores nacionais além de teses e principalmente das decisões dos Tribunais superiores publicados na Internet, abordando direta ou indiretamente o tema em análise.

Em relação aos resultados da pesquisa, esta será qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico nacional, mediante a observância e análise das ações, relações e fenômenos sociais. Por fim, quanto aos objetivos, à metodologia será descritiva, uma vez que explicando, discutindo e esclarecendo os impasses suscitados, além de exploratória, assim objetivando aprimorar o conhecimento sobre o tema em foco.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A constitucionalização do Direito Civil acontece no contexto jurídico pós-positivista, por meio desse avanço ocorre consagração de valores que passam a ser conhecidos como princípios basilares do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição acontece como um marco histórico no que diz respeito à transformação da ordem jurídica. E dada a importância da responsabilidade civil para o ordenamento jurídico brasileiro, a consagração da dignidade da pessoa humana como um interesse merecedor de tutela constitui fato gerador de segurança jurídica no que concerne à reparação do dano, para tanto (SCHREIBER, 2015, p.180):

Como síntese da condição humana, a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizados a favor deste fim. O efeito disto na ponderação é que um interesse tenderá a prevalecer sobre outro, na medida em que realize mais imediatamente ou em maior grau a dignidade humana. O problema está justamente em que, muitas vezes, o interesse que realiza de forma mais imediata a dignidade humana não a realiza em maior grau ou em maior amplitude, diante das circunstâncias fáticas. A proteção imediata à privacidade de uma pessoa, aspecto da sua dignidade humana, que, por hipótese, impedisse a revista em aeroportos, poderia colocar em grave risco a integridade física – aspecto da dignidade humana – de muitas outras pessoas.

Em linhas gerais, tem-se que a constitucionalização do Direito Civil, a qual ocorreu mediante a aplicação da metodologia do Direito Civil constitucional, consiste na aplicação dos princípios basilares da norma maior de um ordenamento jurídico, às normas inferiores. Ou seja, no que diz respeito a aplicação de normas materiais oriundas do Direito Civil, verificar-se-á primeiramente se a norma se encontra em consonância com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

A constitucionalização do Direito Civil consiste, a grosso modo, na compatibilização das normas constitucionais às normas de Direito Civil, fenômeno que consagra a eficácia horizontal das normas de direito constitucional, e nesse sentido, faz-se necessária alguns esclarecimentos acerca de referida metodologia.

2.1 A metodologia do Direito Civil Constitucional

Conforme dito, no que tange à temática do presente estudo, faz-se necessária uma breve explanação acerca das influências que a consagração do princípio da dignidade da pes-

soa humana e da solidariedade como fundamentos da República geraram no nosso ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, destaque-se que a metodologia do Direito Civil constitucional quebra aquele antigo paradigma de dicotomia entre o público e o privado, visto que consagra a consolidação da eficácia horizontal das normas constitucionais em relação às normas ordinárias, notadamente o Código civil de 2002. Nesse contexto, (MERGULHÃO, 2015, p.128):

Na verdade, o direito civil não pode mais ser visto como um direito à parte do direito constitucional, em disciplinas e estudos estanques. Superada, felizmente, essa fase. Agora, leva-se a cabo o que antes se constituía como discurso afável aos ouvidos, mas que não passava de discurso meramente teórico, concretizado na expressão: “o direito é um só”. A Constituição da República é o elo de vinculação de tudo; e natural que seja porque a cada constituição um Estado distinto. A tudo, e todo, deve-se obediência aos seus preceitos.

Ademais, a Constituição Federal passa a possuir normas basilares no que diz respeito à matéria de natureza eminentemente privada, de forma que entende-se pela salutar fusão entre o público e o privado.

A partir desse momento histórico a Constituição Federal perde aquela concepção de carta política e as normas constitucionais de direitos fundamentais adquirem desde a sua promulgação, a eficácia plena e imediata, pelo que passam a atuar como verdadeiro parâmetro interpretativo.

É fato que, nesse sentido, destaca-se o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais e como consequência tem-se o Código civil de 2002, assim nascido “constitucionalizado”. Nessa linha, note-se (PERLINGIERI, 2007, p. 12):

Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-a aos novos valores. Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.

No mesmo sentido Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.26):

O nosso sistema jurídico é fundado sobre o texto da Constituição, e a Constituição vigente no Brasil é, como sabemos, de caráter rígido. Daí cada dispositivo de legislação ordinária dever ser conforme aos princípios e regras constitucionais, podendo, se os contrariar, ser declarado ilegítimo (inconstitucional) e perder assim, a sua eficácia. Pelo princípio da supremacia constitucional, aos princípios constitucionais vincula-se o legislador ordinário, a quem incube a obrigação de

proceder à formulação das normas atuantes daquele princípio. Estão vinculados, também, evidentemente, o juiz, o interprete, os órgãos administrativos, os cidadãos; enfim, todos os operadores e destinatários do direito.

Nesse contexto, Judith Martins-Costa (1998, p.6) destaca a mudança de paradigma trazida pelo Código Civil de 2002, que não mais adota a estrutura geométrica e fechada condizente com o modelo iluminista¹, pelo que passa a trazer como inspiração jurídica o modelo estabelecido na Constituição, ou seja, modelos jurídicos abertos com as mais diversas cláusulas gerais.

Em um modelo em que se utilizam as chamadas cláusulas gerais, o legislador se utiliza de conceitos abertos e vagos, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados, o que, por sua vez, abre margem para a utilização de princípios e diretrizes gerais de condutas, não constantes originalmente no texto da norma.

Ocorre que, por não regularem nada de modo específico e exaustivo, acabam atuando como “metanormas”, ou seja, apenas como parâmetros, deixando a sua interpretação livre para a jurisprudência.

A inserção de cláusulas gerais em um ordenamento eminentemente civilista, com normas pré-estabelecidas, onde o julgador, *à priori*, se utiliza do método da subsunção, incita a uma modificação no modo de aplicar o Direito. Isto, por sua vez, implica em uma imposição de maior liberdade ao julgador, tendo em vista que cláusulas gerais implicam em normas juridicamente indeterminadas, cabendo ao aplicador do direito, a realização de um juízo valorativo.

Portanto, entende-se que as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa contrária à rigidez positivista estabelecida na nossa Constituição Federal. Referida modalidade de norma busca integrar o sistema jurídico a partir de dispositivos legais aceitam a generalidade. Para tanto (BODIN, 2010, p.322):

Adverte-se então, a necessidade de individuar os princípios jurídicos que devem direcionar cada interpretação-aplicação do direito, de os referir continuamente para se enfrentarem as tendências de mais longo prazo e de os adotar para o preenchimento, em cada caso, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais funcionam, assim, como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações intersubjetivas.

(...)

O princípio da proteção humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento, do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, nesse âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.

Destaque-se que esta técnica foi adotada pelo Código Civil de 2002, com o

¹ Acerca do modelo iluminista, faz-se menção à época das codificações oitocentistas, em que um código civil era entendido como a “constituição” do direito privado.

objetivo de demonstrar eficiência em face das mais diversas e complexas relações sociais no contexto pós- industrial, tendo em vista que a legislação privada já não acompanhava muitas situações que necessitavam de resguardo e disciplina.

2.2 Ativismo judicial e o novo papel do judiciário na contemporaneidade

Indubitavelmente, o ativismo judicial é um assunto que traz consigo uma série de controvérsias das mais diversas naturezas, que vai da multidimensionalidade de seu conceito até aquelas referidas à atitude ativista dos tribunais, a saber, se a negativa ou positiva.

Todavia, a priori, destacamos o imbróglgio acerta da sua definição, nesse sentido. É cediço que os Estados Unidos têm um papel fundamental no que diz respeito ao desenvolvimento do conceito de ativismo judicial, bem como da sua prática como um todo (CAMPOS, 2014):

Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel de juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio termo “ativismo judicial”. Porém, a discussão em si é muito mais antiga do que a criação do termo sugere. [...] Acontece que, desde a primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em onipresença do termo no cenário norte-americano.

Preliminarmente é necessário fazer uma diferenciação em relação à judicialização e ativismo judicial. A judicialização significa que uma parcela de Poder Político esta sendo transferida das instâncias políticas originais para o Poder Judiciário, ou seja, a ultima palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais está tendo a sua instancia final de decisão no Poder judiciário, assim imiscuindo-se em todas as esferas de além de sua própria.

Juntamente à judicialização, o sentimento de insatisfação em relação ao poder legislativo se tornou cada vez mais presente na população, de modo a dar mais espaço a verdadeira judicialização da vida, conforme se verá adiante.

Dito isto, é possível verificar que existem circunstancias brasileiras que potencializam a judicialização, sendo uma delas o fato de a CF/1988 ser uma Constituição analítica, bem como, existir no Brasil um sistema de controle de constitucionalidade que combina o sistema europeu com o sistema americano, de modo que, todos os juízes de direito tem autonomia para interpretar a constituição, podendo, inclusive, declarar uma norma incidentalmente, como norma inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido (BARROSO, 2011):

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de

atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Desta forma, Barroso conclui que a judicialização é um fato decorrente de um arranjo institucional que produziu uma constitucionalização abrangente aliada a um modelo de controle de constitucionalidade que dá autonomia a todos os juizes de direito, no sentido do próprio controle difuso, bem como dá acesso à corte suprema, qual seja o Supremo Tribunal Federal.

O ativismo se difere da judicialização no sentido de ser considerado como uma atitude, ou seja, um modo proativo de interpretar a Constituição Federal, inclusive em questões não levantadas expressamente em seu texto. Assim, entende-se que o ativismo judicial depende da judicialização, posto que a atitude proativa depende de uma matéria judicializada.

Nesse sentido, destaque-se o quadro comparativo que segue:

Tabela 1: Quadro comparativo – Ativismo judicial x Judicialização

Ativismo Judicial	Judicialização
Necessita de Provocação do Poder Judiciário	Necessita de Provocação do Poder Judiciário
Entendimento criativo de um Tribunal, interpretação nova do direito, muitas vezes precedente a uma lei, interpretação legal de forma muito ampla, não contemplada pela própria lei.	Decisões com teor político, políticas públicas, entre outros, na qual o Poder Judiciário interfere nas decisões de outros poderes, baseado na legislação (princípios e regras).
Judiciário atua além da legislação, sem respaldo legal	Judiciário atua além de suas competências baseado em lei.

Fonte: <<http://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/judicializacao-ativismo-judicial-tabela/>>
Acesso em 25 de maio de 2018.

Hermes Zenetti Jr, (2011) destaca que a função das Cortes Supremas mudou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle para cortes de interpretação, preocupadas com a “uniformização do direito”, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação jurídica e destaca ainda que mudanças como esta ocorrem porque todo texto depende de interpretação, concluindo-se que o ativismo judicial nasce da necessidade de interpretação criativa e expansiva da Constituição, de forma a adequar seus preceitos às constantes modificações.

Nesse sentido, o Poder judiciário vem atendendo demandas que, a princípio, não são de sua competência, ensejando um estado de insegurança jurídica.

De outro modo, resta claro que a atitude ativista funciona de forma a preencher as lacunas deixadas pelo Poder legislativo, o qual vem se demonstrando cada vez mais inerte no que diz respeito a inovações, garantias e concretização de direitos fundamentais.

Desta forma, à vista destes aspectos destacados, a respeito do ativismo judicial, resta o seguinte questionamento: Há ativismo judicial em decisões que atribuem o caráter punitivo à indenização por dano moral?

2.3 Nova feição da responsabilidade civil

Houve até quem sinalizasse que as relações jurídicas poderiam ser ditas “patrimoniais” e existenciais”, conforme tivessem por objeto prestação cambiável em valores econômicos ou não. José de Oliveira Ascensão (2010, p.19) chega a afirmar que as situações existenciais seriam aquelas intransmissíveis, enquanto as patrimoniais o seriam. “As situações jurídicas pessoais são aquelas em que há prevalente aspecto ético, e as patrimoniais aquelas cuja essência é compatível com a redução a um valor pecuniário”. Na lógica da denominada “repersonalização do Direito Civil”, defendem alguns que as denominadas situações patrimoniais fossem funcionalizadas às existenciais (TEPEDINO, 2009, p. 32).

É importante esclarecer que a construção doutrinária da responsabilidade civil é tida antes de tudo como jurisprudencial, ou seja, a sua construção é pautada na causuística, de forma que evolui de acordo com novas acepções de casos concretos.

Isso ocorre porque a fundamentação da responsabilidade civil é composta, em sua maioria, por cláusulas gerais e por conceitos vagos e indeterminados, carecendo de preenchimento pelo juiz a partir do exame concreto, conforme visto no tópico anterior. Ademais, entende-se que, impera nas relações jurídicas onde ocorre o dano, o dever de solidariedade entre as partes para fins de reparação.

Entende-se que o dano é fundamento unitário da responsabilidade civil, pois é a própria razão de ser do dever de indenizar. Todavia, o Direito Civil não tipifica legislativamente o evento danoso, restando a sua constatação a cargo do órgão julgador em casos concretos.

O debate acerca da noção de dano ressarcível divide-se em duas correntes doutrinárias: de um lado, os que identificam o dano com a antijuridicidade, ou seja, com a violação culposa de um direito ou de uma norma; e, de outro, os defensores da chamada teoria do interesse, hoje majoritária, que o vinculam a lesão de um interesse (ou bem) juridicamente protegido.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 325):

O aumento no número de reclamações tem significado relevante, de representar um reforço da cidadania, da luta em defesa dos próprios direitos e do amadurecimento cultural da sociedade. Mais que isto. Como se tentará demonstrar, a difusão da reparação do dano moral é consequência direta, embora inconsciente, de um processo de constitucionalização da responsabilidade civil.

A respeito da Responsabilidade civil, é importante mencionar ainda, que temos originariamente três pilares: dano, nexos de causalidade e culpa. A culpa e o nexos de causalidade eram entendidos como filtros da responsabilidade civil, todavia atualmente “verifica-se uma relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexos causal da dinâmica contemporânea das ações de responsabilização civil” (SCHREIBER, 2003, p. 56), o que gera como consequência a expansão do dano ressarcível.

Pode-se admitir que a figura da responsabilidade subjetiva, a qual se fundamentava na culpa, perdeu um pouco da sua importância em virtude dos processos sociais diversos presentes no direito contemporâneo, outrossim, “o foco da reparação se transfere da culpa para o dano, visando ressarcir ao invés de adotar reação punitiva” (MENEZES; COELHO; BUGARIM, 2011, p.35).

Portanto, é possível concluir preliminarmente que instituto da responsabilidade civil segue em curso um verdadeiro processo de “objetivação” (BERNARDO, 2005) no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, entende-se que o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p.18).

Diante da mutabilidade ora demonstrada, resta o impasse acerca do papel da responsabilidade civil na sociedade moderna. Entende-se tradicionalmente no direito brasileiro que “a função da responsabilidade civil se limita à reparação do dano” (ANDRADE, 2007, p. 107). Todavia, referido conceito se demonstra insuficiente, e atualmente inúmeras são as discussões acerca das funções que referido instituto desempenha no nosso ordenamento jurídico.

Levando-se em consideração a redação do art. 944 do Código civil de 2002, segundo o qual, uma vez “estabelecida a responsabilidade civil, o valor da indenização será medido somente pela extensão do dano ou prejuízo” (ANDRADE, 2007, p. 107), portanto, tem-se que há o impedimento no acréscimo de qualquer outro fator ponderável de indenização para além do próprio dano.²

² Art. 944 CC/2002: A indenização mede-se pela extensão do dano.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

Diante da Constatação da importância da aceção da eficácia horizontal das normas de direito constitucional, da metodologia do Direito Civil constitucional e da consequente constitucionalização do Direito Civil, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos acerca da responsabilidade civil, traços de sua evolução histórica, suas características e seus pressupostos.

Esclarecimentos acerca da matéria são de extrema relevância, visto que o objetivo do presente estudo se encontra na análise crítica da dimensão funcional do dano, notadamente no que diz respeito à sua função eventualmente punitiva, o qual se estabelece como um dos pressupostos da responsabilidade civil.

3.1 Responsabilidade civil: evolução histórica, características e pressupostos

A responsabilidade civil é uma das disciplinas que mais se encontra presente no cotidiano das pessoas, e a reparação civil é um tema que chama atenção desde as antigas civilizações, nesse sentido (DINIZ, 2009, p.3):

A todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação.

Outrossim, destaque-se que a problemática da responsabilidade civil é o impasse do Direito, na medida em que “todo o direito assenta na ideia de ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada” (DINIZ, 2009, p.4).

Mesmo nas civilizações mais primitivas se pode identificar que o tema recebia atenção. No ordenamento mesopotâmico, como o Código de Hamurabi havia a ideia de punir o dano, impondo tratamento igual ao seu causador. Em semelhança, seguia o Código de Manu e o Direito Hebreu.

Na citação de Caio Mário, a civilização helênica trouxe o conceito de reparação do dano, com sentido puramente objetivo e independente de infringência a uma norma pré-determinada (PEREIRA, 2012, p.3).

No Direito Romano, a responsabilidade civil constituía uma resposta às diversas expressões do delito (*furtum, naxia et injuria*). Seguiu quatro fases específicas: vingança privada (a semelhança das demais civilizações), a composição voluntária, a composição legal e a da reparação pelo Estado, mais identificada como uma pena pecuniária ao ofensor e destinada à vítima.

Paulatinamente, a pena privada perdeu o caráter de punição e a ideia de reparação passou a se desenvolver dissociada do aspecto penal – marcando as raízes da responsabilidade civil que hoje conhecemos.

Com o desenvolvimento da civilização romana, os “quase-delitos (*quasidelicta*)” também suscitariam a reparação de danos – seriam as hipóteses de *positium et suspensum* (objeto colocado na parte alta de um prédio que caía sobre os transeuntes, causando-lhes danos); *effusum et deiectum*, ou seja, o lançamento de líquido ou uma coisa sobre a via pública); *si iuder litem suam facit* (sujeitava o juiz que desse uma sentença de má fé a ressarcir o dano); *receptumnautarum, cauponum, stabularum* (impunha ao capitão do navio,

ao dono da hospedaria ou do estábulo responder pelos danos e furtos praticados por seus prepostos quanto aos bens de seus clientes).

Mesmo assim, não havia uma teoria sistematizada sobre responsabilidade civil no direito romano. Mas era forte a consideração das figuras típicas dos delicta às quais se aditaram às figuras do quasidelicta (PEREIRA, 2010, p.6).

É com a Lex Aquilia romana que o Direito Romano contribuirá de modo mais significativo para a evolução da Responsabilidade Civil. Atribui-se a ela, o surgimento da ideia de culpa como fundamento da reparação de dano. Inova quando propõe a substituição das ‘multas fixas’ pela pena proporcional ao dano causado. Com a Lex Aquilia – injuria tornou-se sinônimo de culpa. O amental ou o menor, desprovidos de razão, que causava dano não respondia civilmente por que não se considerava que houvessem cometido uma “falta” (PEREIRA, 2010, p.6).

Caio Mário explica que entre os romanistas havia controvérsia sobre a aplicação do conceito de culpa pela Lex Aquilia. Uns entendiam que para aquela lei, a culpa (ali nominada por injuria) seria fundamental para a reparação do dano; enquanto outros entendiam que o conceito de culpa era estranho para aquele documento e que, portanto, injuria não seria sinônimo de culpa e sim um ato contrário ao direito (2010, p.7).

A terceira fase da responsabilidade civil no direito pré codificado, apregoa a separação da responsabilidade civil da responsabilidade penal, defendendo que a demanda seguisse a via cível. A partir desse momento histórico, fundamenta-se a responsabilidade civil na ideia de culpa.

Outrossim, destaque-se que a sistematização da responsabilidade civil pelo Código Civil de 1916 se assenta na ideia da culpa. Embora apresente a cláusula geral de não causar dano a outrem, mantém o elemento subjetivo como fundamental para determinar o dever de indenizar.

No código civil de 1916 também a responsabilidade civil contratual caminhava em conjunto com a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Apenas nas hipóteses excepcionalíssimas se abdicava do elemento subjetivo para admitir a responsabilidade objetiva, qual seja aquela que dispensa a aferição da culpa do agente.

Com o advento do Código Civil de 2002, institui-se a cláusula geral de responsabilidade objetiva - art.927, parágrafo único, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa,

nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desse modo, há a cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art.186 do código civil de 2002) que já não é o fundamento primordial e/ou exclusivo da responsabilidade civil.

Outra inovação deste Código está na previsão da reparação pelo dano moral (art.927, parágrafo único do código civil de 2002) e na qualificação do abuso de direito como modalidade de ato ilícito (art.187 do código civil de 2002).

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Dito isto, resta claro que, no que diz respeito ao instituto da responsabilidade civil, "o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ou seja, ao passo que se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que contraria" (DANTAS, 1977, p. 341).

Logo, para atingir tal desiderato, a ordem jurídica institui deveres, dentre os quais está o dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso na máxima romana *neminem ledere*. Em síntese, a responsabilidade civil "é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário" (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Ademais, a responsabilidade civil também pode ser vista como "a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal" (DINIZ, 2012, p. 51).

Dito isto, tem-se os pressupostos da responsabilidade civil, os quais consistem em ação/omissão; dano; nexo causal e ausência de enquadramento de casos de excludente de ilicitude.

A ação, a qual pode ser comissiva ou omissiva, tem como regra básica que a conduta (comissiva/omissiva) se apresente como ato ilícito, ou seja, que a conduta contrarie um dever geral previsto no ordenamento jurídico (art. 186 e art.927, CC/2002).

A ação também pode ser representada por um abuso de direito (art.187, CC/2002), que dispensa culpa; pelo descumprimento de dever contratual (art.389, CC/2002) ou em caso de atividades que envolvem risco (art.927, parágrafo único do CC/2002 e art. 931 do CC/2002).

Outro pressuposto da responsabilidade civil é o dano, que pode ser dano moral e/ou patrimonial³ suportado pela vítima por conduta comissiva ou omissiva do agente ou de terceiro por quem o imputado responda. Pode decorrer do fato de coisas animadas ou inanimadas de que se tenha o dever de guarda ou vigilância. O certo é que não existe responsabilidade civil sem dano.

O nexo causal se estabelece como fato gerador da responsabilidade que se estabelece entre a ação e o dano. É necessário que o dano seja resultado da conduta do agente ou de atividade pela qual ele venha a responder. Se não houver relação de causalidade, e o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, força maior ou caso fortuito não haverá a responsabilidade⁴.

A reparação de danos, agrada ou não, chamada por responsabilidade civil, é tema que alcançou foros de cidadania e destaque constitucional, merecendo notável importância no campo das relações intersubjetivas e globais. Em razão dos processos sociais diversos, o foco da reparação se transfere da culpa para o dano, visando a ressarcibilidade muito mais do que uma espécie de reação punitiva. Nesse contexto, a reparação de dano transcende os limites tradicionais oitocentistas da responsabilidade civil, onde a culpa e o ato ilícito assumiram, historicamente, papel essencial.

3.2 Dano moral: conceito e critérios para a fixação do quantum possível de reparação

É possível concluir, desta forma, que a responsabilidade se traduz na necessidade que o agente causador do dano tem de reparar a vítima. Desta feita, entende-se que o dano sofrido pela vítima pode ser de cunho material ou moral.

A aceção da possibilidade de responsabilização do ente causador de dano moral apenas surgiu no Código Civil de 2002, posto que este já nasceu em conformidade com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, anteriormente apenas havia caso de responsabilização de agentes causadores de dano patrimonial.

Em breves linhas, esclarece-se que, no que tange a dano material a aceção de que a função da responsabilidade civil é compensatória, visto que o Código Civil de 2002 estabelece que a indenização se mede de acordo com a extensão do dano, conforme estabelecido no art. 944 do Código Civil de 2002.

³ Existem outras hipóteses de dano, contudo, para fins do presente estudo optou-se por definir apenas o dano patrimonial e não patrimonial.

⁴ Ressalvadas as situações em que o fato de terceiro não exime o dever de indenizar.

Nesse sentido, a reparação do dano material se demonstra mais simples, posto que o dado de fato é quantificável, palpável, tangível.

Entretanto, no que concerne a reparação do dano moral, uma série de controvérsias surgiu, tanto na doutrina quanto na aplicação da jurisprudência pátria, visto as dificuldades encontradas no que diz respeito ao montante da compensação do dano moral.

A dificuldade encontrada pelos tribunais fora tanta, que fora criada uma espécie de tabela de padrões de indenização a serem aplicados pelos tribunais.

Tabela 2: Padrões quantitativos de indenização de acordo com o evento danoso.

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: < <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais> >. Acesso em 24 de maio de 2018.

Destaque-se que o dano moral, ou dano não patrimonial encontra a sua legitimação na CF/88, a qual usa a locução dano moral, art.5º, V e X. Trata-se do dano que não possui uma dimensão material, vez que atinge interesse não aferível economicamente.

A respeito do tema, faz-se necessária uma análise conceitual do dano moral, posto que o objetivo do presente estudo se encontre na verificação da possibilidade ou não de aplicação da função punitiva da indenização por danos morais, nesse sentido:

Tabela 3: Quadro explicativo – Categorias de dano e critérios de fixação da indenização:

Categoria	Subcategoria	Critério de fixação da indenização
Materiais	Imediatos	Proporcionalidade material – o valor da reparação é proporcional à extensão da integralidade do dano (<i>restitutio in integrum</i>) e visa devolver as partes ao estado anterior (<i>status quo ante</i>), independentemente da capacidade financeira dos envolvidos, admitindo redução de acordo com a culpabilidade
	Mediatos (ou lucros cessantes)	
Morais	Injúria psicológica (ou danos morais puros)	Proporcionalidade moral – o valor da reparação é proporcional à extensão do dano, visando compensá-lo, porém observa ainda a capacidade financeira dos envolvidos
	Agravo físico ou estético	
	Abalo de imagem ou de crédito	
	Punitivos (<i>punitive</i> ou <i>exemplary damages</i>)	Exemplaridade – o valor visa reparar a sensação de segurança jurídica e, principalmente, desestimular a conduta lesiva, observada a capacidade financeira dos envolvidos

Fonte: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13647>. Acesso em 25 de maio de 2018.

Pode-se mencionar como danos morais lesões em atributos como nome, capacidade e estado de família, ou seja, ofensa à dignidade da pessoa humana. Destaque-se que há autores que ainda aditam ao rol dos danos não patrimoniais, com os chamados dano estético, dano de relação, dano psíquico e dano de morte.

Diferentemente da ideia enraizada nos saberes do homem médio, para o dano moral constituir uma situação merecedora de tutela jurídica, deve haver lesão à direitos da personalidade ou ofensa à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, (GONÇALVES, 2017, p. 338):

O dano moral não é propriamente a dor, a angustia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

O mesmo autor conceitua o dano moral como “[...] o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.”.

Logo, é possível concluir que o dano não patrimonial consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contidos nos direitos de personalidade (classificados em três grupos de interesse: integridade física, integridade intelectual e integridade moral).

Outrossim, a acepção do dano moral como interesse merecedor de tutela constitui um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo restam ainda vários questionamentos acerca dos parâmetros para a fixação de um valor para a indenização.

Contudo, é cediço que não cabe ao judiciário o papel de estabelecer qual será a função da indenização por danos morais, visto que em conformidade com o estabelecido na norma, leia-se, no Código Civil de 2002, a indenização deve se medir em conformidade com o dano, ou seja, a função da indenização é de compensar a vítima.

4 FUNÇÃO PUNITIVA NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO

A função da responsabilidade civil no Brasil é tida como eminentemente compensatória, tanto no que diz respeito à reparação do dano moral, quando do dano material, e a legislação pátria não abre margem para a atribuição de outras funções. Nesse sentido, destaque-se que o nosso sistema jurídico é civilista (civil law), e ao contrario dos sistemas de common law, as normas dentro do nosso ordenamento são pré-estabelecidas, de modo que cabe ao julgador aplicar o método da subsunção em casos concretos.

4.1 Funções da responsabilidade civil

Em linhas gerais, a responsabilidade civil visa a reparação do dano causado a outrem. O interesse primário da responsabilidade civil é restabelecer a situação material ou patrimonial da vítima abalada pelo dano perpetrado por prática de ato ilícito ou decorrente de atividade de risco, determinando a reparação.

Nesse sentido, é importante destacar que no que tange ao sistema de responsabilidade civil brasileiro, há grandes influências do sistema francês, principalmente no que diz respeito ao princípio da reparação integral (2010, p.29)

O direito brasileiro, na trilha do direito francês, sempre prestigiou o princípio da reparação integral. O art. 1.059 do CC/16, ao dispor que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”, positivou, ainda que implicitamente, o princípio em exame. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), implicitamente determinou a cabal reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana. No Código de Defesa do Consumidor, o princípio foi expressamente consagrado em seu art. 6º, VI, ao estabelecer, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi ainda mais explícito no seu art. 944, caput, ao dispor: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Na hipótese de dano moral, não há como restabelecer a situação anterior ao dano, assim, o instituto busca uma compensação ou uma medida sancionatória a atitude do agente ou responsável, nesse sentido (DINIZ, 2009, p.8):

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se, na medida que possível, o statu quo ante. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da restitutio in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando-se assim, sua dignidade,

Nesse mesmo sentido (DIAS, 2003, p.5):

Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define a responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha providências essas que podem, ou não, estar previstas.

Na visão compactuada por DINIZ (2009, p.8-9), é dúplice a função da Responsabilidade Civil: a) Garantir o direito do lesado à segurança; b) Funcionar como sanção civil, de natureza compensatória, mediante reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Caio Mário sustenta que “também se vislumbra na responsabilidade civil, uma função punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima e de solidariedade que a sociedade humana deve prestar”. (2010, p.15). Mas é também Caio Mário que diz sobre a necessidade de se permitir o contínuo avanço da responsabilidade civil, a fim de que este possa permitir maior garantia à vítima. Nas suas palavras (2010, p.16):

Quem acompanha a doutrina da responsabilidade civil, necessariamente observa a sua tendência crescente no sentido de aumentar as garantias oferecidas à vítima. Não é sem razão que insisti na evolução da teoria da culpa para o risco criado, mais democrático e mais humano, se considera a pessoa da vítima, cada vez mais necessitada de proteção em confronto com o desenvolvimento material, expondo os indivíduos a sofrer danos que escapam ao controle individual.

Para autores afiliados ao Direito Civil-Constitucional, a função da responsabilidade civil foi influenciada diretamente pela prevalência do princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, o qual "gerou a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda da importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto" (MORAES, 2010, p. 323).

4.2A função Punitiva no Sistema jurídico brasileiro de responsabilidade civil e o papel da Jurisprudência

Ainda não houve, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, uma pacificação referente aos exatos fundamentos da responsabilidade por danos morais e sobre a caracterização da indenização, nesse sentido, no Brasil se estabeleceu que a “indenização constituía somente uma espécie de compensação por lesões a direito da personalidade, ou se devia incluir um plus, os chamados ‘*punitive damages*’” (AZEVEDO, 2004, p. 377).

Importante destacar que o Código Civil de 2002 fora omissivo quanto à definição da

função do dano moral, restando à doutrina e a jurisprudência o papel de se “debruçar sobre os objetivos e os limites deste instituto, sem, no entanto, desnaturar a figura do dano moral” (RODRIGUES; VERAS, 2015, p.12), e tem-se entendido, conforme anteriormente explanado, que o “paradigma reparatório” da responsabilidade civil se encontra na ideia única e exclusiva de reparação do dano.

Impasses relativos à aplicação do *punitive damages* e o seu desenvolvimento no *common law*, destacando-se a dificuldade de compatibilizar com o sistema do civil law. acentuam-se no que se refere ao estabelecimento de critérios, e de sua utilização, além da compreensão para a determinação do *quantum* indenizatório a ser atribuído a título de punição, em ambos os sistemas.

Punitive damages, em sua atual formatação nos EUA, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente negligentes. A indenização punitiva não ocorre em simples casos de culpa. Todavia, o instituto vem sendo criticado pela sua impresivibilidade (STERN, 1989, p.2):

Punitive damages, also known as vindictive or exemplary damages, may be awarded to plaintiffs who prove themselves victims of a wilful, wanton, reckless, malicious or oppressive act. The manner or intention with which an act is committed is crucial. In almost all jurisdictions where punitive damages are available, their purpose is not to compensate the victim, but to punish the wrongdoer and to deter the wrongdoer and others from similar conduct.

(...)

Punitive damages are quite unique from other forms of damages which are compensatory in nature. In determining whether an award of punitive damages is justified, the focus of attention is directed at the nature or character of the conduct of the defendant and not at the nature or extent of the harm sustained by the plaintiff. The conduct of the defendant, in order to sustain an award of punitive damages, must be something more than the mere commission of a tort. There must be circumstances of aggravation, outrage, spite, malice, fraudulent or evil motive, or conscious and deliberate disregard of the interests of others to the extent that the conduct may be called wilful or wanton.⁵

Vista a impresivibilidade da determinação do *quantum debeatur*, nos Estados Unidos foram fixados três critérios: o grau de repreensão da conduta do ofensor; e relação

⁵ Tradução livre do autor: Os danos punitivos, também conhecidos como danos vingativos ou exemplares, podem ser concedidos aos demandantes que se provem vítimas de um ato desprezível, Imprudente, malicioso ou opressivo. O modo ou intenção com que um ato é cometido é crucial. Em quase todas as jurisdições onde os danos punitivos estão disponíveis, o seu objetivo não é compensar a vítima, mas puni-la e para dissuadir o malfeitor e outros de conduta semelhante.

(...)

Os danos punitivos são bastante únicos em relação a outras formas de natureza compensatória. Ao determinar se uma indenização por danos punitivos justifica-se, o foco da atenção é direcionado para a natureza ou caráter do comportamento do ofensor e não pela natureza ou extensão do dano sofrido.

O comportamento do ofensor, a fim de sustentar uma sentença de indenização punitiva deve ser algo mais do que a mera comissão de um delito. Devem haver circunstâncias de agravamento, indignação, despeito, malícia, fraude ou maldade, motivação ou desrespeito consciente e deliberado dos interesses dos outros na medida em que a conduta pode ser chamada intencional ou indesejável.

entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva; e a diferença entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes no Estado.

Nesse sentido e levando-se em consideração a dificuldade de definição do valor da indenização, alguns Estados americanos impuseram a proibição dessa modalidade de indenização: (STERN,1989, p.8):

STATUS IN THE UNITED STATES: The vast majority of jurisdictions allow the award of punitive damages by a jury in order to punish or deter a defendant who has engaged in wilful. wanton, malicious. oppressive or reckless conduct.

A. PROHIBITION AGAINST PUNITIVE DAMAGES: A minority of jurisdictions prohibit the imposition of punitive damages. Connecticut and Michigan. although the terms punitive or exemplary damages are used in their statutes. treat punitive damages as compensatory in nature. Four states, Louisiana. Massachussetts, New Hampshire and Washington prohibit the imposition of punitive damages unless they are allowed by statute. Nebraska prohibits the award of punitive damages due to the judicial construction of a provision in the Nebraska Constitution which mandates that all fines and penalties be collected and used for school purposes. Except in certain situations. Indiana law does not permit the recovery of punitive damages if the defendant in a civil action is also subject to criminal prosecution for the same act.⁶

Em 2003 a Suprema Corte surgiu com um novo critério: a determinação do grau de repreensão da conduta do réu. O regime jurídico que adota a o *punitive damages* é particularizado, ou seja, é realizada a análise de cada caso e não se pode presumir o mesmo resultado para outro.

Nesse sentido, alguns Estados Americanos que não proibiram essa modalidade de indenização, estabeleceram um limita para a atribuição do valor (STERN,1989, p. 9):

B. LIMITATION ON THE AMOUNT OF PUNITIVE DAMAGES: During the last few years the following states statutorily limited the amount of punitive damages that could be recovered in certain cases: 1. Alabama in 1987 provided a cap on punitive damages at \$250,000 unless the action is premised upon libel, slander, defamation, actual malice or a pattern of intentional, wrongful conduct. The statute does not apply to wrongful death actions. Alabama Statutes § 6-11-21. 2. Colorado in 1986 placed a cap on punitive awards in personal injury actions, not to exceed the amount of any compensatory damage award or 525,000. Colorado Revised Statutes § 13-21-102. 3. Florida in 1986 limited the amount of punitive damages recoverable in a commercial civil action to three times the amount of compensatory damages awarded. Florida Statutes § 768.73. 4. Georgia in 1987 capped punitive damages at 5250,000, but provided an exception for products liability cases. Georgia Code § 51-12-5.1. 5. Kansas in 1988 limited the award of punitive damages to either 25 percent of the annual gross income of the defendant or \$5 million dollars, whichever is less.

⁶ Tradução livre do autor: STATUS NOS ESTADOS UNIDOS: A grande maioria das jurisdições permite a concessão de indenizações punitivas por um júri, a fim de punir ou impedir um réu que tenha se envolvido voluntariamente. devassa, maliciosa. conduta opressiva ou imprudente. A. PROIBIÇÃO CONTRA DANOS PUNITIVOS: Uma minoria de jurisdições proíbe a imposição de danos punitivos. Connecticut e Michigan. embora os termos punitivos ou exemplares sejam usados em seus estatutos. tratar os danos punitivos como de natureza compensatória. Quatro estados, Louisiana. Massachussetts, New Hampshire e Washington proíbem a imposição de indenizações punitivas, a menos que sejam permitidas por lei. Nebraska proíbe a concessão de indenizações punitivas devido à construção judicial de uma disposição na Constituição de Nebraska, que determina que todas as multas e penalidades sejam cobradas e usadas para fins escolares. Exceto em certas situações. A lei de Indiana não permite a recuperação de indenizações punitivas se o réu em uma ação civil também estiver sujeito a processo criminal pelo mesmo ato.

Kansas Statutes § 60-3701. 6. Oklahoma in 1986 provided that punitive damages may not exceed the amount of actual damages, unless the court finds clear and convincing evidence that the defendant was guilty of wanton or reckless disregard for the rights of another, oppression, fraud or malice. Oklahoma Statutes § 23-9. 7. Texas in 1987 capped punitive damage awards at 5200,000 or up to four times the amount of actual damages except in cases of malicious or intentional torts. Punitive damages were prohibited where only nominal damages were awarded. Texas Codes §§ 41.004, 41.007 and 41.008. 8. Virginia in 1987 limited punitive damages to 5350,000 in all actions. Virginia Code § 8.01-38.1

Other states which considered limiting the amount of punitive damage awards, but did not enact such legislation include California, Delaware, Hawaii, Indiana, Maine, New York, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Tennessee and Vermont.⁷

É possível verificar que o que ocorreu nos Estados Unidos foi uma espécie de exagero no que diz respeito ao valor da indenização, posto que, os valores se demonstraram demasiadamente altos, e a situação chegou a ponto da necessidade de intervenção estatal.

C. OTHER RESTRICTIONS ON PUNITIVE DAMAGES: 1. Clear and Convincing Evidence Standard In 1986, 1987 and 1988, fifteen states considered requiring a higher burden of proof for the plaintiff to prevail in establishing punitive damages. Ten of those states, Alabama, Alaska, Georgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Montana, North Dakota, South Dakota and Oregon, adopted legislation requiring the plaintiff to prove by "clear and convincing evidence" that the defendant engaged in conduct which would warrant the award of punitive damages. 2. Bifurcated Trial: even states considered legislation requiring punitive damages to be proved in a trial separate from the trial establishing liability and compensatory damages. Three states enacted such legislation: Georgia, Kansas and Missouri. 3. Punitive Damages to the State: In the last few years fourteen state legislatures have considered bills which would require a portion of punitive damage awards to be contributed to certain state funds. The rationale behind such legislation is to eliminate a windfall to the plaintiff and to redress the public for the outrageous conduct of the defendant, which is analogous to the theory behind the imposition of criminal fines. Six states, Colorado, Florida, Illinois, Iowa, Kansas and Oregon, enacted legislation providing that a portion of punitive damage award; be contributed to certain state funds.⁸

7 Tradução livre do autor: B. LIMITAÇÃO SOBRE A QUANTIDADE DE DANOS PUNITIVOS: Durante os últimos anos, os seguintes estados limitaram estatutariamente o montante de danos punitivos que poderiam ser recuperados em certos casos: 1. O Alabama, em 1987, proporcionou um limite máximo de danos punitivos em US \$ 250.000. Estatutos de Alabama § 6-11-21. 2. Colorado em 1986 colocou um limite máximo em prêmios punitivos em danos pessoais a não exceder o montante de qualquer indenização por danos compensatórios ou 525.000. Colorado Revised Statutes § 13-21-102. 3. A Flórida, em 1986, limitou o montante de indenização punitiva de ação civil comercial a três vezes o valor dos danos compensatórios adjudicados. Estatutos da Flórida § 768.73. 4. A Geórgia, em 1987, puniu danos punitivos em 5250.000, mas promoveu uma exceção em casos de responsabilidade por produtos. Código da Geórgia § 51-12-5.1. 5. Kansas em 1988 limitou a concessão de danos punitivos a 25 por cento da renda bruta anual do réu ou 5 milhões de dólares, o que for menor. Estatutos do Kansas § 60-3701. 6. Oklahoma, em 1986, desde que os danos punitivos não possam exceder o montante dos danos reais, a menos que o tribunal encontre claras e convincentes evidências de que o réu era culpado de desprezo irresponsável ou imprudente Direitos de outrem, opressão, fraude ou malícia. Estatutos de Oklahoma § 23-9. 7. O Texas, em 1987, captou danos punitivos em 5.200.000 ou até quatro vezes a quantidade de danos reais, exceto em casos de mal intencionamento, os prejuízos punitivos eram proibidos quando apenas os danos nominais adjudicados. Texas Codes §§ 41.004.41.007 e 41.008. 8. Virgínia em 1987 limitou os danos punitivos a 5350.000 em todas as ações. Código Virginia § 8.01-38.1 Outros Estados que consideraram limitar a quantia de dano punitivo Prêmios, mas não promulgar tais legislação incluem Califórnia, Delaware, Havaí, Indiana, Maine, Nova Iorque, Ohio, Oregon, Pensilvânia, Tennessee e Vermont.

8 Tradução livre do autor: C. OUTRAS RESTRIÇÕES SOBRE DANOS PUNITIVOS: 1. Padrão de evidência clara e convincente. Em 1986, 1987 e 1988, quinze estados consideraram exigir uma carga de prova para o de-

Outrossim, quanto ao país, cresce a ideia de uma função punitiva da responsabilidade punitiva no Brasil, nesse sentido, André Gustavo Correa de Andrade (2007, p. 107) destaca que a ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais em que não exista outro instrumento que atenda a essa finalidade.

Segundo referido autor, a indenização punitiva poderá ser aplicada no nosso ordenamento jurídico independente de previsão legal, posto que é fundamentada no princípio da dignidade humana (art. 1º, III da Constituição federal de 1988), bem como no reconhecimento constitucional do direito a indenização por dano moral (art. 5º, X da Constituição Federal de 1988), e assim o caracteriza:

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Keneth Redden, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*). (grifo do autor)

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 350), por sua vez, destaca que a reparação do dano extrapatrimonial pode cumprir “uma função de justiça corretiva ou sanalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória e a natureza penal da indenização”⁹. E complementa:

Com a finalidade de ressaltar a superioridade das situações extrapatrimoniais, foi dito, quando estiverem em causa valores imateriais, atinentes à pessoa, à saúde, à dignidade, ao bom nome, “a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o male prevenindo assim outras ofensas”.

No contexto da atribuição da função punitiva ao instituto da responsabilidade civil, é importante mencionar a tradicional distinção referente à finalidade do Direito Civil e do Direito Penal, “ficando o primeiro com a questão da reparação e o ultimo com a questão da

mandante prevalecer no estabelecimento de danos punitivos. Dez desses estados, Alabama, Alaska, Geórgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Montana, Dakota do Norte, Dakota do Sul e Oregon, adotaram legislação que provar "provas claras e convincentes" de que o réu estaria envolvido em conduta que justificaria a concessão de danos punitivos.2. Ensaio Bifurcado: Sete estados consideraram a legislação que exigia que os danos punitivos fossem provados em um julgamento separado do julgamento que estabelece responsabilidade e compensação de danos. Três estados promulgaram tal legislação: Geórgia, Kansas e Missouri. 3. Danos Punitivos ao Estado: Nos últimos anos, catorze legislaturas estaduais consideraram que uma parte das indenizações por danos punitivos fosse para fundos estatais. A lógica subjacente a essa legislação é eliminar um comportamento ultrajante que é análogo à teoria subjacente à imposição de multas criminais. Seis estados, Colorado, Florida, Illinois, Iowa, Kansas e Oregon, promulgaram a legislação que prevê que uma parte da punição de danos adjudicados iriam para certos fundos estatais.

⁹ Seguem essa linha, Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Bittar.

punição” (AZEVEDO, 2004, p.379), restando claro que referidos paradigmas devem ser repensados. Nesse sentido Maria Celina Bodin (2010), destaca:

O instituto dos punitive damages constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois que tem o objetivo precípua de punir o agente ofensor, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga a vítima.

No sistema jurídico brasileiro não há previsão legal do instituto da indenização punitiva, há apenas a atribuição de caráter compensatório. Todavia, como não há regramento específico para a quantificação por danos morais no nosso ordenamento, a figura da indenização punitiva surge na análise dos critérios de quantificação. (COMIN; SOUSA, 2007, p. 218).

Desta feita, a utilização de critérios punitivos, ao lado de critérios compensatórios, na fixação do montante indenizatório por dano moral é importante como forma de prevenção de comportamentos lesivos dirigidos contra a dignidade da pessoa humana, restando clara a atitude ativista dos juízes no que diz respeito a sua utilização (ANDRADE, 2007, p. 135).

A controvérsia a respeito da definição de um valor a ser pago a caráter de *punitive damages* em relação à sua razoabilidade fez com que alguns estados americanos criassem um teto para referida indenização, a exemplo do Alabama, da Flórida e da Geórgia, acima mencionados.

Nesse passo, as questões seriam se admitida em sistemas civilistas, qual seria o parâmetro a ser utilizado? E o princípio da legalidade: seria violado de o arbítrio ficasse inteiramente nas mãos do juiz? Outro argumento é que na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (ele pode ter um seguro, por exemplo).

Em último lance, superadas as conceituações e análises prévias acerca dos institutos da responsabilidade civil que dizem respeito ao dano punitivo, resta claro que a postura de um juiz que atribui a função punitiva a uma indenização por dano moral, é ativista, visto que está interpretando de maneira diversa o art. 944 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, destaque para o RECURSO ESPECIAL N. 1.281.742-SP (2011/0216228-2), Relator: Ministro Marco Buzzi¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, destaque-se trecho do voto do RECURSO ESPECIAL N. 1.281.742-SP (2011/0216228-2), Relator: Ministro Marco Buzzi: “Nesse caso, penso que deve ser levado em consideração, para se justifi car esse valor, o porte do causador do dano, a gravidade das consequências para a vítima, que foi enorme, mas, sobretudo, o caráter punitivo e o caráter pedagógico da indenização.”. Ademais, Segue ementa: EMENTA Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo. Vítima acometida de tetraplegia. Corte local que fixa a responsabilidade objetiva da fabricante do produto. 1. Insurgência da fabricante. 1.1 Não conhecimento do recurso especial pela divergência (art. 105, III, c, da CF). Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ausência de cotejo analítico entre os julgados e falta de similitude fática entre os casos em

Ademais, é importante destacar outras decisões, tanto de tribunais superiores, quanto em instância ordinária, que os magistrados tem se utilizado erroneamente da função punitiva do dano moral, senão vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA. DANO MORAL COLETIVO. 1. Quantum indenizatório. Majoração. Revisão. Razoabilidade do valor indenizatório. Súmula 7/STJ. 2. Dissídio jurisprudencial. Montante indenizatório. Comprovação inviável. Inexistência de similitude fática. 3. Carência de fundamentação. Art. 489 do CPC/2015. Ausência. 4. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. 5. Agravo improvido. 1. De acordo com a jurisprudência do STJ, a revisão de indenização por danos morais só é viável em Recurso Especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo (AgRg no AREsp nº 453.912/MS, relator o ministro João Otávio de Noronha, dje de 25/8/2014), caso contrário, incide o óbice previsto no Enunciado Nº 7 da Súmula desta casa. No caso, o montante indenizatório de danos morais foi arbitrado pela instância ordinária em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão do caráter punitivo-compensatório atribuído à publicidade enganosa efetuada pela parte recorrida. 2. Outrossim, tratando-se de valor da indenização por danos morais, inviável a análise do recurso com base em dissídio pretoriano, pois, ainda que aparentemente possa haver similitude nas características objetivas das lides cotejadas, na dimensão subjetiva, os acórdãos serão sempre distintos, em face das peculiaridades de cada ato ilícito (AgRg no REsp nº 918.829/ES, relator o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, dje de 16/12/2010). 3. se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 14/6/2016, dje 21/6/2016). 4. Em relação à alegação de ofensa aos arts. 371, 374, III, e 375 do CPC/2015, não se vislumbra a pretendida violação, em razão de os argumentos estarem dissociados dos fundamentos da decisão agravada, fazendo incidir, no ponto, a Súmula 284 do STF. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AGINT/ARESP: 1067993, Relator: MARCO AURÉLIO BELLIZZE,

exame. 1.2. Inocorrência de violação ao artigo 535 do CPC. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 1.3 Nulidade da prova pericial não confi gurada. Inocorrendo as causas de suspeição ou impedimento sobre o profi ssional nomeado pelo juízo para realização de prova pericial, torna-se irrelevante o fato de ter sido ele indicado por uma das partes, mormente quando não evidenciada, tampouco alegada, de modo concreto, eventual mácula nos trabalhos do expert. 1.4 Demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgota-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), cabendo à fabricante, para desconstituir sua responsabilidade objetiva, demonstrar uma das causas excludentes do nexos causal (art. 12, § 3º, do CDC). Fixada pela Corte de origem a existência de nexos causal entre o defeito de fabricação que causou o estouro de pneu e o acidente automobilístico, inviável se afi gura a revisão de tal premissa de ordem fática no estrito âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte. 1.5 Danos morais arbitrados em 1.000 salários mínimos. Valor insuscetível de revisão na via especial, por óbice da Súmula n. 7-STJ. A tetraplegia causada ao aposentado em razão do acidente automobilístico, que transformou inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples da vida, cuida-se de seríssima lesão aos direitos de personalidade do indivíduo. A indenifi cada para tais hipóteses não encontra parâmetro ou paradigma em relação aos casos de morte de entes queridos. 2. Insurgência do autor. 2.1 O art. 950 do Código Civil admite ressarcir não apenas a quem, na ocasião da lesão, exerça atividade profi ssional, mas também aquele que, muito embora não a exercitando, veja restringida sua capacidade de futuro trabalho. Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não desempenhava atividade remunerada, a base de cálculo da pensão deve se restringir a 1 (um) salário mínimo. Precedentes. 2.2 Não acolhimento do pedido de majoração do valor arbitrado a título de danos morais, em razão da incidência da Súmula n. 7-STJ. Razoabilidade do quantum estipulado em 1.000 salários mínimos. 2.3 Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil. 3. Recurso da fabricante conhecido em parte, e na extensão, não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.

TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 17/11/2017)

Conforme é possível observar na jurisprudência acima colacionada, houve menção à função da responsabilidade civil como sendo de caráter punitivo-compensatório, demonstrando assim, incongruência com a doutrina e a interpretação da legislação civil no que tange ao assunto. Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASSÉDIO SEXUAL. AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: Não prospera a tentativa da INFRAERO de excluir o nexo causal, aduzindo não ser responsável pela segurança do Aeroporto em questão. Ora, o vínculo que une a referida empresa pública ao dano perpetrado em face da autora não decorre de mera falha de segurança do sistema aeroportuário, mas de conduta comissiva praticada por um seu funcionário, em horário de expediente e prevalecendo-se de sua função. Dessa forma, a empresa pública ficou diretamente implicada com a questão, incorrendo na respectiva responsabilidade (fl. 482, e-STJ). 2. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido seria necessário exceder as razões naquele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ. 3. Quanto ao valor da condenação, o Tribunal asseverou (fl. 482, e-STJ): A vítima é doméstica, 29 anos, e nas circunstâncias do fato, sob o enfoque dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a conduta ilícita deve ser reprimida, sem gerar enriquecimento sem causa. Por isso, mantenho o quantum (R\$ 25 mil) fixado na sentença, que atende a sua função punitiva e pedagógica. Para aferir a proporcionalidade do quantum de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ. 4. Ademais, o STJ consolidou o entendimento de que o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado nesta instância quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não ocorre in casu. 5. Recurso Especial não conhecido. (STJ - RESP: 1680714, Relator: HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2017)

Ademais, destaque-se que também faz-se menção à função punitiva da indenização por danos morais também em segunda instância, nesse sentido, destaque-se a decisão abaixo colacionada, do Tribunal de justiça do Espírito Santo, onde fora mencionada que a indenização tem caráter punitivo e pedagógico, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIO REDIBITÓRIO. VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FABRICANTE E COMERCIANTE. DANOS MORAIS. CABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Tratando-se de responsabilidade por vício de qualidade do produto, a matéria se discute à luz do art. 18 do CDC, sendo responsáveis solidários todos os fornecedores, sem distinção. 2. O quantum indenizatório a título de danos morais deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se, no caso concreto, a extensão e a gravidade do dano, a capacidade econômica do agente, além do caráter punitivo e pedagógico da medida, razão pela qual o valor da indenização deve ser minorado para R\$ 5.000,00

(cinco mil reais). 3. O valor da indenização por danos morais deve ser corrigido pela Taxa Selic, vedada sua cumulação com correção monetária. Precedentes do STJ. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJES - APL: 00115002120118080021, Relator: VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/05/2018)

Logo, é possível concluir que há presente na jurisprudência pátria a utilização da função punitiva da indenização de maneira errônea, na medida em que novamente, não há no sistema brasileiro dispositivo que legitime a atribuição de caráter punitivo a indenização por danos morais (BODIN, 2010):

Propugna-se pela admissão, considerando o bem jurídico tutelado, de indenização punitiva na reparação do dano moral, em situações potencialmente causadoras de lesão a um grande número de pessoas, em relações de consumo e na responsabilidade ambiental. Requer-se porém, a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as imprescindíveis garantias processuais.

Desta forma, tem-se que no Brasil, o caráter punitivo tem como única possibilidade o recurso à máxima instância, e ainda nesse sentido é importante mencionar a crescente atitude ativista no que diz respeito à atribuição do caráter punitivo à indenização por danos morais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso destacar que a metodologia do Direito Civil constitucional resultou em uma mudança de perspectiva no que diz respeito à reparação civil, pelo que o instituto da responsabilidade civil sofreu uma ressignificação, a qual é marcada pela erosão do filtro da culpa no que diz respeito aos requisitos da atribuição de responsabilidade civil.

A respeito da erosão dos filtros da responsabilidade civil, destaque-se o redimensionamento dos pressupostos desta, notadamente no que concerne à figura da culpa, posto que ao retirar a importância da culpa e focar na reparação da vítima, a responsabilidade civil acaba por assumir intrinsecamente um caráter compensatório.

No que tange à matéria específica da responsabilidade civil, a metodologia do Direito Civil Constitucional se demonstra de grande importância, visto que esta implica em uma ressignificação de referido instituto, resultando em uma nova face da responsabilidade civil, conforme demonstrado no primeiro capítulo, desta vez pautada na proteção integral a vítima, restando mais uma vez clara a sua função eminentemente compensatória.

Considera-se isto, portanto um grande avanço, posto que os direitos da vítima de um dano ficam resguardados, consolida-se assim a responsabilidade civil como um interesse merecedor de tutela, o que garante as possíveis vítimas de dano, a garantia de retorno ao status quo ante, ou seja, ao status anterior ao dano, mesmo se tratando de dano moral, tratando a indenização como compensação ao dano sofrido.

Portanto, entende-se como superada aquela antiga perspectiva de que a principal função de responsabilidade civil é exatamente a punição do causador do evento danoso, de forma que atribuir novamente a função punitiva no nosso ordenamento caracterizaria um retrocesso.

Desta forma, entende-se que a função da responsabilidade civil, e, no que concerne ao dano moral, ou seja, a indenização por dano moral, esta tem a função de compensar o agente que fora lesado, restando claro que o foco da responsabilidade civil se encontra na reparação da vítima, e não em punir o agente ofensor.

Nesse sentido, é importante destacar que o nosso sistema não admite a função punitiva até mesmo para evitar a “loteria forense”; para não aumentar a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais e para inibir a ideia de mercantilização das relações existenciais.

Conforme demonstrado no terceiro capítulo, mediante a exposição de ementas de julgados tanto de tribunais superiores, quanto de segunda instância, o judiciário vem

aplicando erroneamente a função punitiva do dano moral.

Destaque-se, em ultimo lance, que, conforme demonstrado no desenvolvimento do presente estudo, a atitude ativista do judiciário e muita das vezes incongruente com a doutrina pátria, demonstra uma digressão no que concerne à função primordial da responsabilidade civil, que é na reparação da vítima. A atitude ativista gera como resultado a insegurança jurídica, dada a ausência de previsão legal legitimando a condenação de danos além de sua própria dimensão lesiva. Assim, admite-se que o silêncio legal neste sentido é expressivo, significando a deliberação do legislador local de não conhecer padrões de imputação de responsabilidade além dos que são expressamente estabelecidos pela lei.

Possibilidades em sistemas civilistas se limitam à atribuição de caráter punitivo a responsabilização por dano extrapatrimonial apenas em casos taxativamente estabelecidos em lei. Apenas aplicar o instituto em situações efetivamente graves que envolvam interesses difusos e coletivos.

Todavia, o ativismo judicial vem prejudicando referido posicionamento, ao passo que, tribunais estaduais e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, vêm se utilizando indiscriminadamente de referido instituto, sem qualquer respaldo legal.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria Geral. Relações e situações jurídicas.** 2ª edição. Vol. 3. São Paulo: Saraiva. 2010.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. **Revista de direito Renovar.** n. 37, páginas 107-135, *mês JAN/ABR* 2007.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A Evolução do conceito de dano moral. **Revista forense.** v. 100, n. 375, páginas 3-26, SET/OUT 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por Uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social, in **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo, Saraiva, 2009, págs. 375-384. Disponível em: < <http://docslide.com.br/documents/azevedo-antonio-junqueira-por-uma-nova-categoria-de-dano-na-responsabilidade-civil-o-dano-social.html> >
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 205p.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 4ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de dezembro de 2015. Acesso em: Junho de 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalizacao do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista forense.** v. 102, n. 384, páginas 71-104, MAR/ABR 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- CALLEROS, Charles. Punitive Damages, Liquidated Damages and Clauses Pênales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code, in **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 32, págs. 67-119. Disponível em: < <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1256&context=bjil> >. Acesso em 21/04/2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. Ed. Ver. E ampl. São Paulo: atlas, 2010.
- COOTER, Robert D.. Punitive Damages for Deterrence: When and How Much, in **Alabama Law Review**, vol. 40, 1989, págs. 1143-1194. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1950&context=facpubs> >. Acesso em 18/04/2018.

COMIN, Renata de Paiva Puzzilli; SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de. Discussão sobre a indenização punitiva no Brasil. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. v. 46, n. 147, páginas 210-232, JUL/SET 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga, ROSENVALD, Nelson . Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith . O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>.> Acesso em: dez. 2018.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. **Novos estudos jurídicos** - Vol. 11 - n. 2 - p. 291-299, JUL/DEZ 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista Cej**, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. **Scientia Iuris**, v. 15, n. 1, p. 29-50, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Organização: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

_____. Dano moral: conceito, função, valoração. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Punitive damages**: tort liability from a civil law perspective. Nelson Rosenvald; translated from the portuguese by Larissa Benevides and Christopher James Hodgson. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Acesso em 22/04/2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos / Anderson Schreiber. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. A Expansão do dano ressarcível na perspectiva civil-constitucional. **Revista do direito: Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim**. v. 5, n. 5, mês MAI, páginas 53-68, MAI 2005.

STERN, Jennifer. Punitive damages. **Legislative Counsel Bureau**. (1989). Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwj3_NeW8e7QAhXEx5AKH WiYAaIQFghCMAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.leg.state.nv.us%2FDivision%2FResearch%2FPublications%2FBkground%2FBP89-01.pdf&usq=AFQjCNENbbYY3qoOY9y9RcWIoWjpbstgMw&sig2=ZYU4B4ZxjI70KcJdORe7JA&cad=rja>. Acesso em: Dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Atualizado por Gustavo Tepedino. GZ Editora, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2013.

YUNG, Corey Rayburn. **Flexing Judicial Muscle**: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review* Vol. 105 (1), 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, set. 2014, p. 293-350.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, a. 34, jun. 2009, p. 121-174. (Desprezar as páginas com comentários ao CPC).