



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

DAVI GUIMARÃES MENDES

**DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ANÁLISE DE SUA (IN)APLICABILIDADE NA
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

FORTALEZA

2016

DAVI GUIMARÃES MENDES

**DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ANÁLISE DE SUA (IN)APLICABILIDADE NA
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha.

FORTALEZA

2016

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)

M49i Mendes, Davi Guimarães.
Da indenização punitiva : análise de sua inaplicabilidade na ordem jurídica brasileira / Davi Guimarães Mendes. – 2016.
76 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha.

1. Indenização punitiva. 2. Responsabilidade civil. 3. Direito civil. I. Título.

CDD 340

DAVI GUIMARÃES MENDES

**DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ANÁLISE DE SUA (IN)APLICABILIDADE NA
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dr. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Bruno Leonardo Câmara Carrá
Faculdade 7 de Setembro (FA7)

Profa. Msc. Eliza Cristina Gonçalves Dias
Faculdade 7 de Setembro (FA7)

À Salamanca Cearense, por, mais que Faculdade de Direito, ter se tornado minha casa.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus, pela bênção de ter me possibilitado chegar até esse momento, proporcionando-me uma vida repleta de graças e conquistas, as quais não seriam possíveis sem a sua intercessão.

Agradeço à minha família: meus pais, Francisco e Fátima, pelo amor, pela educação e por terem sempre sido meus maiores apoiadores, nunca me deixando desacreditar nos meus sonhos; meus avós, Miguel e Maria, Railda e João, por serem exemplo de simplicidade, honestidade e humildade; meus tios, na figura de meu tio Lázaro, e minhas tias, nas figuras de minhas tias Márcia e Zilmar, por serem segundos pais e mães para mim; meus primos, na figura de minha prima Bárbara, minha prima-irmã, por serem os irmãos que Deus me deu.

Agradeço a Lara, companheira que conheci na Faculdade de Direito e que agora é minha parceira para a vida, por não ter se limitado a sonhar comigo, mas por sempre fazer de tudo para que nossos sonhos se tornassem realidade para nós dois.

Agradeço a todos os amigos que fizeram parte de minha vida durante esses quatro anos: felizmente, vocês são tantos, e tão preciosos, que não me atrevo a enumerá-los, por temer que a memória me traia.

Agradeço a todos os projetos de ensino, pesquisa e extensão em que tive a honra de me engajar: Curso Pré-Vestibular Paulo Freire, pelas tão importantes lições que aprendi enquanto professor e coordenador; SONU, na qual tive o prazer de ser participante e diretor, por ter sido uma experiência acadêmica tão transformadora; Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, pela oportunidade de participar do movimento estudantil e de contribuir um pouco para o dia-a-dia de meus colegas na Faculdade de Direito da UFC; Grupo de Estudos em Direito Processual (GEDPC) e Sociedade Acadêmica Fran Martins, nos quais pude iniciar as minhas atividades de pesquisa.

Agradeço às instituições em que tive o prazer de aprender enquanto estagiário – Valença & Associados, Levy & Salomão Advogados e Procuradoria Geral do Município de Fortaleza – , apresentando alguns dos profissionais que até hoje me servem de exemplo.

Agradeço a todos os que fazem a Carlos Henrique Cruz Advocacia, por representarem não só colegas de trabalho, mas sim uma família, propiciando ambiente no qual me desenvolvi como pessoa e como profissional, e no qual tenho orgulho de afirmar que me formei advogado.

Agradeço, por fim, a todos os meus grandes mestres, por me inspirarem a seguir também a carreira acadêmica: profa. Maria José Barreira, que, com suas aulas, me fez apaixonado pelo Direito Civil; prof. Raul Nepomuceno, por me mostrar, logo no início da Faculdade, o que

significa ter compromisso para com o aluno; profa. Janaína Noletto, por sua simplicidade, provando que a genialidade não tem de vir acompanhada da arrogância; prof. William Marques, por sua inesquecível didática; prof. João Luís Nogueira Matias, do qual fui monitor, por representar, para mim, o ideal de professor, o qual espero algum dia chegar perto de alcançar; profa. Maria Vital da Rocha, minha orientadora, exemplo de dedicação acadêmica e amor à educação, por sempre demonstrar respeito ao aluno, exigindo o mesmo respeito, em troca, do discente; todos os demais professores que, durante esses quatro anos, contribuíram para a minha formação enquanto acadêmico e enquanto pessoa.

A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar a aplicabilidade da indenização punitiva na ordem jurídica brasileira. Escrutiniza-se, portanto, a possibilidade de, no âmbito da responsabilidade civil, haver a condenação do agressor ao pagamento de indenização em valor superior ao necessário à mera reparação dos danos, com a finalidade de punir a atuação ilícita e desincentivar novas condutas semelhantes. Para isso, realiza-se, primeiramente, análise histórica da responsabilidade civil, a fim de determinar se a indenização punitiva se adequa aos caminhos percorridos nos últimos séculos pela responsabilidade civil. Em seguida, são estudadas as finalidades do instituto, apontando-se quais são as estruturas responsáveis por materializá-las. Por fim, investiga-se as inspirações da indenização punitiva brasileira no direito estrangeiro, apresentando as principais críticas à utilização desse instrumento jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as respostas dos defensores da aplicação geral da pena privada.

Palavras-chave: Indenização punitiva; Responsabilidade Civil; Direito Civil.

ABSTRACT

This work aims to study the applicability of the punitive damages in the Brazilian legal system. It is scrutinized, therefore, if it is possible, within Brazilian torts law, to order the aggressor to pay compensation in excess of the required to repair the damages, in order to punish the unlawful activities and discourage similar new conducts. First of all, in order to do this, a historical analysis of the torts law is carried out, for the purpose of determining if the punitive damages are suitable with the paths taken in the last centuries by the torts law. Next, the purposes of the legal institute are studied, being pointed out which are the structures responsible for materializing it. Lastly, the inspirations of the brazilian punitive damages in the foreign law are investigated, being presented the main criticism of the use of this legal instrument in the Brazilian legal system, as well as the responses of the supporters of the general application of the private penalties.

Keywords: Punitive Damages; Torts Law; Civil Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPB	Código Penal Brasileiro
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
STJ	Superior Tribunal de Justiça
PL	Projeto de Lei

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DURANTE A HISTÓRIA.....	14
1.1 Os primórdios da responsabilidade: da vingança coletiva à vingança privada	15
1.2 A responsabilidade civil no direito romano.....	17
1.3 As contribuições do direito medieval e o caminho percorrido até as codificações modernas.....	22
1.4 A culpa e o risco como fontes da responsabilidade civil.....	24
1.5 Estado da arte da responsabilidade civil no brasil.....	29
2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	32
2.1 A diversidade de posições doutrinárias quanto às funções assumidas pela responsabilidade civil	33
2.2 A função reparatória da responsabilidade civil	37
2.3 A função punitiva da responsabilidade civil.....	40
2.4 A função preventiva da responsabilidade civil.....	43
3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ATUAL	45
3.1 A pena privada na modernidade: os <i>punitive damages</i> da tradição jurídica de <i>common law</i>	47
3.2 A recepção da indenização punitiva na doutrina e jurisprudência brasileiras.....	51
3.3 A controvérsia acerca da aplicação das indenizações punitivas no Brasil	56
3.3.1 A discussão acerca da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.....	57
3.3.2 A discussão acerca da possível violação ao princípio do ne bis in idem.....	59
3.3.3 A discussão acerca da possível violação ao princípio da legalidade.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

A aplicabilidade de indenizações punitivas na ordem jurídica brasileira, cujo desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil tem sido, há séculos, em sentido contrário às penas privadas, consiste em temática controversa na doutrina e na jurisprudência.

A responsabilidade civil, entendida como “instituto pelo qual se determina quem é o indivíduo que suportará, em definitivo, determinado dano”¹, assume inegável complexidade não só na atualidade, mas ao longo da história, sobretudo diante de seu desenvolvimento científico milenar, cujas finalidades foram várias ao longo do tempo, ocorrendo, não raras vezes, movimentos que visavam a extirpar uma destas funções, sob os mais variados argumentos.

É árdua, portanto, a tarefa de avaliar os contornos da responsabilidade civil, dificuldade que se revela na existência de discussões acerca da própria nomenclatura utilizada para se referir às indenizações punitivas.

Cumprе destacar, de antemão, que se preferiu a expressão “indenização punitiva” por se entender a mais adequada, tanto do ponto de vista técnico, quanto prático, para os fins de elaboração do presente trabalho.

Com efeito, expressões alternativas, como “danos punitivos”, “multa civil” ou “pena privada” falham por serem atécnicas ou dificultarem a compreensão do trabalho.

No que se refere à primeira nomenclatura, por exemplo, verifica-se pouca precisão teórica, eis que o objeto de estudo, a rigor, representa uma punição além do dano, tratando-se de mera tradução errada da expressão inglesa *damages*, cujo significado, no jargão jurídico, é de indenização, e não de dano².

Por outro lado, a adoção da expressão “multa civil”, apesar de adequada do ponto de vista técnico, é prejudicial à compreensão do estudo, por suscitar confusões com as multas de natureza penal.

Já no que se refere à terminologia “pena privada”, constata-se que é ela também técnica, mas falha por sua generalidade, eis que existem penas privada que não são tratadas no presente trabalho.

Esclarece-se, desde já, portanto, que a nomenclatura adotada é a de “indenização punitiva”, porquanto mais comumente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, frisando-

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 15.

² GARNER, Bryan. **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999. p. 393.

se, no entanto, que, por vezes, as expressões “multa civil” e “pena privada” são utilizadas no trabalho como sinônimos da expressão “indenização punitiva”.

Diante da importante temática das indenizações punitivas, questiona-se, afinal, de que modo a responsabilidade civil evoluiu ao longo da história, especialmente em atenção ao caráter punitivo ou não do instituto; se a função reparatória é a única admitida em seu âmbito; e se a punição pode, paralelamente à reparação, ensejar indenização autônoma.

Nesse sentido, realiza-se, primeiramente, uma análise histórica da responsabilidade civil, a fim de se determinar o *état de l'art* do instituto, compreendendo a sua evolução para verificar se a indenização punitiva se adequa aos caminhos percorridos nos últimos séculos pela responsabilidade civil.

Em seguida, perquire-se quais são as finalidades desse instituto, apontando os papéis desempenhados por cada uma delas, tanto do ponto de vista funcional, quanto sob a ótica da estrutura que as consubstancia.

Por fim, analisa-se a aplicabilidade da indenização punitiva na ordem jurídica pátria, investigando as suas origens e inspirações no direito estrangeiro, e apresentando as principais críticas à utilização desse instrumento jurídico no âmbito da responsabilidade civil brasileira, bem como as respostas dos defensores da aplicação geral da pena privada.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DURANTE A HISTÓRIA

O problema da responsabilidade acompanha o homem em todas as suas manifestações³, relacionando-se à própria liberdade e racionalidade que lhe são peculiares⁴. Tem sido constante ao longo da história, em função disso, a preocupação em atribuir responsabilidades pelos danos oriundos da vida em sociedade⁵.

Nesse sentido, ressalta Alvino Lima que os mais diversos povos partilharam, em suas origens, soluções similares para os problemas relacionados à responsabilidade⁶, ao passo que Georges Ripert chega a afirmar que o dever de não lesar a outrem sempre foi regra moral imposta à ação humana, à qual o direito se limita a conferir sua sanção⁷.

Analisar-se-á, neste capítulo, a evolução histórica da responsabilidade civil, desde as suas primitivas demonstrações, mais aproximadas da barbárie que do Direito, até os seus modernos conceitos, nos quais ressoa a preocupação em conceder o dinamismo, a eficiência e a precisão teórica demandadas pelo instituto.

Trata-se de tarefa necessária não só para delimitar os contornos da responsabilidade civil e compreender a sua relevância, como sugerido pelos irmãos Mazeaud⁸, mas sobretudo para se assegurar coerência interna e integridade ao direito, o qual, se não deve permanecer estático, também não pode desconsiderar as direções apontadas pelos processos evolutivos ocorridos ao longo da história.

Essencial, por conseguinte, que se perquiria inicialmente como os indivíduos de outrora trataram as questões sobre as quais hoje nos debruçamos, e em que direção estas se desenvolveram, para só então avaliar quais são as interpretações mais adequadas à ordem jurídica contemporânea, o que se faz não por apego a um direito em desuso, mas pelo reconhecimento de que o jurista está encarregado de continuar uma obra historicamente elaborada, atualizando-a e fazendo-a evoluir, é claro, mas não a começando novamente⁹.

Para isso, apontar-se-á de que modo ocorria a responsabilização na aurora da humanidade, demonstrando-se, em seguida, a evolução da responsabilidade civil no direito romano e o caminho percorrido neste sistema para que o instituto alcançasse algumas de suas

³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 1.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 2.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20.

⁶ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 10.

⁷ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 205-206.

⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León, 1938 *apud* DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 18.

⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 277.

características fundamentais. Delineia-se, ademais, o modo como a concepção romana adentrou na modernidade, por meio das codificações, e quais foram as insurgências contra esta definição, destacando-se, por fim, algumas das principais controvérsias acerca da temática no meio jurídico brasileiro.

1.1 Os primórdios da responsabilidade: da vingança coletiva à vingança privada

Nas sociedades primitivas, reagia-se aos danos sem que houvesse demasiada preocupação com a proporcionalidade entre ofensa e punição, não se considerando necessário, igualmente, que o ofensor tivesse agido com culpa para que sofresse retaliação¹⁰. O que havia era a “vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão”¹¹.

Conforme explicação de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, essa vingança, consistente em retaliações corporais, geralmente cruéis, era, de início, coletiva, de modo que não só o ofensor, mas todo o seu grupo, sofria com a retaliação pelo dano cometido, solução apenas excepcionalmente evitada, quando a própria tribo se comprometia a punir o indivíduo¹².

Essa reação coletiva pode ser explicada pela própria inexistência clara, à época, de uma visão do indivíduo como tal, sendo este compreendido sempre como parte de uma coletividade¹³.

A propriedade assumia um caráter coletivo, sendo possuída pelas tribos e meramente utilizadas pelos indivíduos, sem qualquer tipo de apropriação para si¹⁴, e a isto se devia, em larga escala, o caráter também coletivo das retaliações, conforme explicação de Otávio Luiz Rodrigues Júnior: “a ausência de limites muito claros entre a propriedade individual e a coletiva, tal como se dava nas sociedades primitivas, era, em grande medida, causa eficiente dessa forma de punição em grupo por atos de um indivíduo”¹⁵.

Foi apenas na Antiguidade Oriental, sobretudo nas sociedades mesopotâmicas, antes mesmo do Código de Hamurabi, que se verificaram as primeiras tentativas de individualização das retaliações, passando-se, à época, ao entendimento ainda hoje vigente de que ao indivíduo,

¹⁰ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962. p. 38.

¹¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 10

¹² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: _____; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.

¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896. p. 31.

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1941. p. 15-16.

¹⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 1.

e apenas a ele, deve recair a responsabilidade por seus atos, não se estendendo esta à sua tribo ou à sua família¹⁶.

Foi em tal período igualmente que algumas das características próprias da noção de responsabilidade moderna começaram a se delinear. É o caso, por exemplo, de algumas previsões de penas de natureza pecuniária, atribuídas por intermédio do Estado, bem como de uma incipiente formulação de proporcionalidade, com a dosagem da sanção do ilícito em conformidade com a sua gravidade¹⁷.

Cumprido esclarecer, entretanto, que, relevando-se esses aspectos que podem ser considerados embrionários de características da responsabilidade moderna, os quais eram excepcionais, o grande avanço neste momento histórico foi tão somente a individualização de uma punição que ainda se consistia em vingança, praticada frequentemente sem necessidade de intermédio estatal, por meio de punições corporais que não guardavam estrita proporcionalidade com os danos e que assumiam natureza cruel.

Em verdade, há quem defenda que a vingança privada predominou até mesmo na civilização romana, em seus primórdios¹⁸, posição a qual não é, contudo, unânime, conforme se demonstrará.

Sendo assim, verifica-se que a atribuição de responsabilidade pelos danos acontecidos nas sociedades primitivas, e até mesmo em tempos menos remotos, estava intimamente ligada à noção de “reparação do mal pelo mal”¹⁹.

A preocupação com a vítima se limitava à satisfação de seu desejo de vingança, não se cogitando de uma forma de reparar o dano por ela efetivamente sofrido, de forma que é seguro afirmar que a responsabilidade civil – se é que se pode nomear prática tão distinta desse modo – assumia natureza puramente punitiva, sem quaisquer vestígios ressarcitórios.

Por outro lado, também não se impunha que o ofensor tivesse agido culposamente para que fosse punido, constatando-se que a retaliação tinha como única finalidade vingar um dano sofrido – independentemente da reprovabilidade da conduta daquele que o causou –, inexistindo, portanto, nessas manifestações primitivas de responsabilidade, uma função de moralização social.

¹⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 2-3.

¹³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 2-3.

¹⁸ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 10.

¹⁹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 10.

1.2 A responsabilidade civil no direito romano

O princípio do *alterum non laedere*, fundado na noção de que a um indivíduo não é dado lesar a outrem, foi alçado por Ulpiano, jurisconsulto romano, ao patamar de princípio fundamental do Direito – *praecepta iuris* –²⁰.

Não por acaso, foi durante o direito romano que a responsabilidade civil assumiu algumas de suas características essenciais²¹, sendo impensável, na visão de Alvino Lima, pretender-se realizar um estudo acerca da responsabilidade civil extracontratual sem que este começasse pela análise da evolução do instituto no direito romano²².

Cumpre destacar, desde já, que de modo similar ao acontecido em outras áreas – a título de exemplo, na disciplina dos contratos –, não procederam os romanos com uma divisão abstrata da responsabilidade civil, enquanto categoria geral, estudando-se no direito romano apenas os delitos em espécie²³.

No que se refere ao início da civilização romana, não é claro, ainda hoje, de que modo havia a responsabilização por danos, se mediante vingança privada, sem a necessidade de autorização estatal²⁴, posição majoritária, ou se sempre houve a necessidade de autorização do Monarca para que a retaliação física pudesse ocorrer²⁵. Sabe-se ao certo que Roma desconheceu a vingança coletiva, tão comum em outros povos²⁶.

Mesmo aqueles que acreditam que existiu, em Roma, a vingança privada, apontam que muito cedo houve a intervenção do legislador para limitá-la e, mais tarde, institucionalizar a Lei de Talião, isto é, a máxima do “olho por olho, dente por dente”, critério que encontrou utilização e previsão até mesmo na Lei das XII Tábuas²⁷.

É exatamente com a Lei das XII Tábuas que se inicia a superação às retaliações corporais, ao se instituir o sistema da composição entre vítima e ofensor²⁸, no qual ainda era possível a punição física do infrator, adstrita aos limites legais²⁹, e se prevendo a possibilidade de, havendo acordo entre agressor e agredido, substituir-se a vingança pelo pagamento de uma

²⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 802.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Forense: 1996. p. 2.

²² LIMA, Alvino. Op. cit. p. 9.

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 224.

²⁴ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 10; DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 19; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 3.

²⁵ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1951. p. 392-393.

²⁶ CHAMOUN, Ebert. Op. cit. p. 392.

²⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 19.

²⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 19.

²⁹ TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 3. ed. Fortaleza: FA7, 2007. p. 300.

quantia pecuniária³⁰, cuja fixação era imposta legalmente para cada tipo de caso, inexistindo uma norma geral de fixação da responsabilidade³¹.

Outro valioso avanço acontecido no direito romano foi o de apresentar uma distinção dos delitos públicos e dos delitos privados, a qual pode ser considerada embrionária da moderna distinção entre ilícitos penais e civis.

É que o direito romano procedeu com a divisão dos delitos entre públicos – *crimen* –, destinados a punir as ofensas ao interesse coletivo ou do Estado Romano, com a imposição de penas geralmente corpóreas ou de privação de liberdade individual, e privados – *delictum* ou *maleficium* –, destinados a punir as ofensas aos interesses particulares, e cuja sanção se dava com penas privadas, de caráter pecuniário, sendo espécies de delitos privados o *furtum*, o *bona vi rapta*, a *iniuria* e o *damnum iniuria datum*³².

Ainda quanto a esta distinção, ensina Moreira Alves que, no caso dos delitos privados, não era do Estado, mas sim da vítima, por meio da *actio poenalis*, a iniciativa de punir o ofensor, sendo a pena desta o pagamento de certa quantia, a qual, apesar de expressa em pecúnia, tinha o mesmo caráter punitivo da pena pública³³.

Como principais características das penas privadas no direito romano, tem-se que estas eram: 1) intransmissíveis passivamente, garantindo-se a individualização da sanção e a sua intransferibilidade; 2) intransmissíveis ativamente, ou seja, não tinham os herdeiros da vítima pretensão contra o ofensor característica que foi flexibilizada, com o passar do tempo, pela atuação dos pretores; 3) indivisível, não se cogitando de mitigação da responsabilidade de acordo com o grau de participação, nos casos de coautoria, de modo que todos os agressores eram igualmente penalizados; 4) cumuláveis com outras ações, como a ação reipersecutória, para se recuperar o bem furtado, por exemplo; 5) noxalidade da ação penal, isto é, nos casos em que o dano fosse cometido por sujeito *alieni juris* ou por escravo, poderia o sujeito *sui juris* ou senhor de escravos dar-lhes em pagamento; 6) imprescritíveis, se estabelecidas expressamente pelo *ius civile*, ou prescritíveis em um ano, caso formuladas pelos pretores³⁴.

No que pese o reconhecimento da relevância dos avanços já mencionados, é possível se afirmar que as principais contribuições do direito romano para a responsabilidade civil se deram

³⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 3.

³¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 11-12.

³² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 6-7.

³³ MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit. p. 223-224.

³⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 9-10.

no âmbito da *Lex Aquilia*, a qual permitiu que os jurisconsultos romanos desenvolvessem fundamentos conceituais da responsabilidade civil os quais são até hoje utilizados³⁵.

Dentre estes alicerces fundamentais desenvolvidos no período, imperioso que se analise detidamente dois deles, porquanto essenciais para a compreensão do presente trabalho. São eles o surgimento da culpa como critério de atribuição da responsabilidade civil e o início do processo de superação do caráter de pena privada do instituto, com a conseqüente transição para uma natureza reparatória.

No direito romano antigo, interessava-se tão somente na apuração da existência de um dano, o qual, ligado a quem o dera causa, bastava para que o ofensor fosse responsabilizado³⁶. Nesse sentido, expõe Wilson Melo da Silva: “Não se falava em culpa. Culpa, se houvesse, objetivar-se-ia no próprio dano, bastando para que se exercesse a vingança sanguinolenta ou sua sucedânea, a composição econômica, a simples relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo dele decorrente.”³⁷.

É frequentemente afirmado que foi por meio da Lei Aquília, a qual data da República³⁸, que se estabeleceu, em Roma, a culpa como requisito essencial da responsabilidade civil, juntamente ao *damnum* – existência de dano – e à *iniuria* – prática de ato contrário ao direito –³⁹.

Inexiste, todavia, unanimidade doutrinária quanto ao momento exato em que a culpa passou a ser critério de atribuição da responsabilidade civil. Com efeito, subsistem autorizadas posições doutrinárias tanto ligando esta lei plebiscitária à introdução da culpa no instituto, quanto apontando que este requisito não foi instituído desde logo por esta lei, sendo desenvolvido paulatinamente em seu processo de interpretação⁴⁰.

É possível se encontrar convergência entre essas duas posições, entretanto, no que tange ao fato de que foi por meio da *Lex Aquilia*, seja a partir do momento de sua instituição, seja ao longo do tempo, em função de seu desenvolvimento decorrente do trabalho dos jurisconsultos, que houve a incorporação do elemento anímico da culpa à responsabilidade civil⁴¹.

³⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 14.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 4.

³⁷ SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 41.

³⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 13.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 5-6.

⁴⁰ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 14-15; SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 42-44; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 5.

⁴¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 16.

A culpa, em sua formulação romana entendida como a conduta voluntária do agente de contrariar o Direito e de, ao fazê-lo, realizar ação danosa⁴², já abrangendo à época tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito⁴³, nunca atingiu nesta ordem jurídica o protagonismo concedido pelos modernos⁴⁴.

É relevante, todavia, por representar a primeira aparição daquilo que se constitui não apenas em mero requisito do instituto, mas sobretudo em uma concepção deste, fortemente vinculada à moral individual, a qual se revela pela transposição do termo “culpa” da esfera moral para a jurídica⁴⁵, na qual se entende que é o voluntário desvio de conduta do ofensor que possibilita a sua responsabilização, noção que, se certamente viria a se fortalecer com o passar dos séculos, já estava presente em Roma a partir do surgimento da culpa aquiliana⁴⁶.

Já no que se refere à superação da natureza de pena privada da responsabilidade civil, verifica-se que a lei em comento teve o papel de representar o início do processo de transição para o caráter ressarcitório do instituto.

É que a pena privada foi, por muito tempo, de natureza tarifária, sendo previamente quantificada pelo legislador e não guardando proporção com o efetivo dano sofrido pela vítima⁴⁷. Por exemplo, no caso da rapina – subtração da coisa mediante uso da força, semelhante ao roubo no direito contemporâneo –, a pena seria de quatro vezes o valor daquilo que se rapinou⁴⁸.

Consoante ao ensinamento de Alvino Lima, foi por meio da *Lex Aquilia* que foram substituídas tais penas tarifadas pela reparação pecuniária do dano causado, demonstrando-se o início de uma preocupação legislativa com o retorno da vítima ao estado anterior ao sofrimento do dano⁴⁹.

Nada obstante, imperioso se ressaltar que estas previsões não implicaram em uma superação completa do caráter de pena privada da responsabilidade civil, eis que o instituto ainda era exercido por meio de uma ação penal e, apesar da nítida função indenizatória assumida pela pena, seu método de cálculo ainda era inspirado na primitiva função de vingança⁵⁰.

⁴² VENTURI, Thais. **A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro**. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2006. p. 21.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 6.

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 56.

⁴⁵ RIPERT, Georges. Op. cit. p. 205-206.

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda. Op. cit. p. 57-58.

⁴⁷ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 14.

⁴⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 12.

⁴⁹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 14.

⁵⁰ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 17.

Em verdade, o que ocorreu foi que a *Lex Aquilia*, originalmente penal, foi sofrendo uma cisão por conta da atuação dos pretores e juristas, tornando-se ação mista, de natureza tanto penal quanto reipersecutória⁵¹.

Tais reminiscências penais foram sendo substituídas paulatinamente, e contribuíram para o desenvolvimento da distinção entre a responsabilidade civil – concebida como aquela voltada à reparação do dano – e a responsabilidade penal – entendida como aquela voltada a punir esse dano –⁵², afirmando Wilson Melo da Silva que a responsabilidade civil perdeu o caráter de pena privada para assumir o de simples reparação na esfera do direito privado⁵³, em um processo que só se concluiu, porém, no direito justinianeu⁵⁴.

À época da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, aponta parte da doutrina, já havia prevalecido o caráter ressarcitório da responsabilidade civil, limitando-se a sua extensão ao dano e havendo o subsequente abandono de sua categorização enquanto pena privada⁵⁵.

Trata-se de processo histórico o qual, a exemplo do já mencionado em relação à culpa aquiliana, não se limitou ao direito romano, penetrando na modernidade por meio dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, os quais, por muito tempo, abandonaram a ideia de pena privada na responsabilidade civil⁵⁶.

Percebe-se, por conseguinte, que os romanos, apesar de não terem elaborado um conceito científico da responsabilidade civil, por meio de sua abstração enquanto categoria geral, vivenciaram o instituto na prática e proporcionaram seu desenvolvimento.

Dentre as suas colaborações, cita-se o processo de instituição de sanções pecuniárias, em substituição às retaliações físicas, bem como a divisão entre delitos públicos e privados, destacando-se, todavia, principalmente para os fins desse trabalho, dois dos avanços proporcionados pela Lei Aquília, quais sejam: 1) o desenvolvimento da culpa como critério de atribuição da responsabilidade civil, o qual se ampliou ao longo da história, e representou o início de uma ainda forte concepção do instituto que o atribui função moralizadora; 2) a superação da natureza de pena privada da responsabilidade civil, substituída por um caráter reparatório, cuja expansão pela modernidade se pode verificar no fato de ter havido o quase completo abandono, nos sistemas romano-germânicos, da ideia de pena privada.

⁵¹ GRIVOT, Débora. Limites ao valor da indenização. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 616-617.

⁵² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Op. cit. p. 15.

⁵³ SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 41.

⁵⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit. p. 224.

⁵⁵ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 618.

⁵⁶ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 619.

1.3 As contribuições do direito medieval e o caminho percorrido até as codificações modernas

A concepção romana de responsabilidade civil sobreviveu à civilização que a elaborou, alcançando a Idade Moderna sem grandes alterações em sua estrutura, fato constatado por Alvino Lima, o qual explica, nesse sentido, que “são os ensinamentos e conceitos provindos do direito romano que constituem o fundamento da responsabilidade aquiliana no direito moderno”⁵⁷.

Ressalta-se, entretanto, que a ausência de rupturas no instituto durante esse período não significa que ele tenha permanecido estático. Houve, em verdade, um aprofundamento dos processos evolutivos iniciados pelo direito romano, os quais sofreram grande influência da moral cristã e do direito canônico⁵⁸.

Antes mesmo de se iniciar uma análise da responsabilidade civil nas codificações modernas, faz-se necessário apontar, brevemente, ao menos no que refere às duas contribuições fundamentais do direito romano para a matéria – a noção de culpa e a superação da pena privada –, de que modo essa evolução transcorreu no direito medieval.

No que se refere à culpa enquanto elemento da responsabilidade civil, é possível se afirmar que, apesar de se tratar de conceito surgido em Roma, ela só ganhou o protagonismo que alcançou a modernidade a partir do direito medieval⁵⁹.

É que foi por influência da moral cristã que a responsabilidade se vinculou indissociavelmente à noção de culpa, funcionando esta como fundamento e pressuposto daquela, em decorrência do fato de que o homem, dotado de livre-arbítrio que era, poderia escolher agir segundo a vontade divina ou em contrariedade a ela, hipótese na qual seria considerado culpado pela conduta reprovável e, conseqüentemente, responsabilizado⁶⁰. É possível afirmar, nesta perspectiva, que “o núcleo da culpa repousa sobre a apreciação moral do comportamento do indivíduo”⁶¹.

Já no que se refere ao processo de superação da pena privada, é seguro asseverar que foi na Idade Média que ele se completou. Tal se deve também à doutrina cristã, mais especificamente à ideia de justiça comutativa de São Tomás de Aquino, a qual pregava que o

⁵⁷ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 18.

⁵⁸ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 617.

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda. Op. cit. p. 77.

⁶⁰ VENTURI, Thaís. Op. cit. p. 22.

⁶¹ VENTURI, Thaís. Op. cit. p. 24.

responsável pelo dano se libertaria pela simples reparação do mal que causara, devendo ser banida qualquer transferência inferior ou superior a esse ressarcimento⁶².

Foi deste modo – evoluído, porém não revolucionado – que as concepções romanas acerca da responsabilidade civil chegaram à modernidade, período no qual se iniciaram, antes mesmo das codificações, os mais científicos trabalhos de sistematização do direito civil, sendo possível mencionar os franceses Domat e Pothier como principais responsáveis por esse trabalho⁶³, o qual inspirou todas as legislações modernas de tradição romano-germânica⁶⁴.

A primeira das codificações modernas foi exatamente a francesa, datando de 1804. O Código de Napoleão, alcunha pela qual ficou conhecido o célebre Código Civil Francês, serviu de consolidação às concepções que já vinham sendo debatidas e desenvolvidas doutrinariamente na época, mencionando-se, a título de exemplo, a previsão de uma norma geral de atribuição da responsabilidade civil, abandonando-se a opção romana de previsão casuística das hipóteses de incidência do instituto⁶⁵.

Cumprido destacar, contudo, que o *Code Napoléon*, apesar de ter avançado em alguns pontos no tratamento da temática em estudo, teve como maior mérito, em se falando de responsabilidade civil, a sedimentação de um panorama normativo, o que possibilitou que a doutrina e a jurisprudência desenvolvessem de forma coerente o instituto⁶⁶.

A título de exemplo, é possível citar a abrangência dos lucros cessantes na reparação e o entendimento de que, havendo culpa, não importava para a responsabilidade civil a gravidade desta, avanços os quais, embora não dispostos no Código Civil Francês, em muito devem a ele⁶⁷.

Ainda quanto à contribuição doutrinária e jurisprudencial ao instituto, é possível apontar questões que não obtiveram a devida atenção por parte dos romanos, nem foram expressamente reguladas no Código Civil Francês.

É o caso do embate doutrinário acerca da reparabilidade dos danos exclusivamente extrapatrimoniais, questão que dividiu os doutrinadores entre aqueles que entendiam irreparáveis as lesões aos direitos da personalidade, eis que se tratariam de bens jurídicos de valor inestimável, e aqueles que se posicionavam pela possibilidade de haver uma reparação

⁶² GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 617.

⁶³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 23.

⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 45.

⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 22-23.

⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 23.

⁶⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 22-23.

proporcional à violação ao direito, prevalecendo a segunda posição, em seus termos mais amplos, defendidos pelos irmãos Mazeaud⁶⁸.

As codificações se espalharam da França para o restante do mundo e, nesse processo, também se disseminou a responsabilidade civil compreendida nos moldes romanos⁶⁹. Em verdade, mesmo em nações cujas codificações têm, no geral, distinções relevantes em relação ao Código de Napoleão, como a Alemanha e a Suíça, foram alcançados resultados semelhantes nesta matéria⁷⁰.

Houve, portanto, tanto no direito medieval, quanto no período de elaboração das codificações modernas, não uma ruptura, mas sim um aprofundamento dos processos evolutivos da responsabilidade civil já iniciados em Roma, com o fortalecimento do elemento moral do instituto por intermédio da culpa, seu fundamento, e a prevalência de sua natureza reparatória.

Isto não significa, é claro, que não tenham havido alterações que fugiram à conceituação romana dada à matéria, mas tão somente que as inovações ocorridas – por exemplo, a abrangência dos lucros cessantes na indenização – não representaram modificações estruturais na responsabilidade civil, as quais começaram a ser propostas com vigor pela doutrina algum tempo depois do advento dos códigos, como se demonstrará no tópico seguinte.

1.4 A culpa e o risco como fontes da responsabilidade civil

Em meados do Século XIX, chegou-se a cogitar que a responsabilidade civil tendia à perenidade nos moldes em que se encontrava, inexistindo quaisquer caminhos a serem percorridos pelo instituto senão o do aperfeiçoamento daquilo já estabelecido⁷¹.

Tal previsão, talvez influenciada pelos vários séculos sem que tivesse havido transformações radicais na matéria, provou-se, no entanto, equivocada.

Com efeito, a Revolução Industrial, iniciada nesse período, promoveu avanços tecnológicos sem precedentes históricos⁷², os quais, acompanhados de um processo de urbanização desordenado, dentre outros fatores, multiplicaram e agravaram os riscos na sociedade, gerando-se um vertiginoso crescimento dos danos e, conseqüentemente, da busca

⁶⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 850-856.

⁶⁹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 18.

⁷⁰ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 18.

⁷¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 5.

⁷² SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 22-23.

pela responsabilização civil⁷³, identificando-se, igualmente, a dificuldade de prova da culpa nestes novos danos, suscitando assim os primeiros debates acerca da superação da culpa enquanto fonte necessária da responsabilidade civil⁷⁴.

É bem verdade que críticas já eram dirigidas à teoria da culpa desde o Século XVIII, por autores tais como Thomasius e Heineccius, jusnaturalistas os quais sustentavam que o dever de reparar os danos por si cometidos é ínsito à própria natureza humana, de modo que, independentemente de sua culpa, deveria o autor de um dano se responsabilizar pela sua reparação⁷⁵.

Apenas com esse crescimento dos riscos na sociedade, entretanto, que surgiu uma tendência visível entre os juristas no sentido de adotar uma postura crítica à teoria da culpa – se não à sua existência, ao menos à sua exclusividade –, o que pode ser ilustrado pelas diversas tentativas de sistematização da doutrina do risco na literatura jurídica⁷⁶.

As concepções contrárias à culpa como fundamento da responsabilidade civil surgem, primeiramente, não entre os estudiosos do direito civil, mas sim por obra de um penalista, Karl Binding, o qual se opôs à vinculação da responsabilidade civil a noções morais como a culpa, eis que o dano, tratando-se de realidade objetiva, independeria da reprovabilidade moral da conduta do agente para ensejar a responsabilidade, ao menos na esfera civil⁷⁷.

Também procurando sistematizar doutrinariamente uma teoria da responsabilidade sem culpa, é possível citar, na doutrina alemã, os esforços de Vitor Mataja, Adolfo e Rodolfo Merkel e Unger, os quais desenvolveram o Princípio do Interesse Ativo, pelo qual os danos provenientes da atividade econômica de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio, em clara aplicação da máxima romana do *ubi emolumentum, ibi onus* – quem auferir o bônus, deve arcar com o ônus –⁷⁸.

Ainda entre os alemães, cita-se Gustave Rumelin, que elaborou o Princípio da Prevenção, o qual pretendia o endurecimento da responsabilidade civil ao prever que a pessoa a quem se atribui a responsabilidade só poderia se eximir dela se provasse que o fato, a si

⁷³ SCAFF, Fernando Campos; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Da culpa ao risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

⁷⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 51.

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 54.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 15-16.

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 54.

aparentemente imputável, era em verdade resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, além de impossível de ser afastada⁷⁹.

Outra tentativa cuja menção se faz necessária, foi a do utilitarista britânico Jeremy Bentham, o qual propôs a criação de um seguro social obrigatório para as atividades perigosas, ideia criticada, entretanto, por possivelmente resultar em um relaxamento da prudência e diligência dos segurados, o que poderia vir a causar uma ampliação dos danos⁸⁰.

Em que pesem as concepções já mencionadas, foi mesmo na doutrina francesa, sobretudo na obra pioneira de Saleilles e de Josserand, que se pode apontar a origem da teoria do risco em termos aproximados aos concebidos atualmente⁸¹.

Alvino Lima, explicando a concepção de Saleilles, aponta que este autor entendia ser necessária a materialização do direito civil, abandonando-se os psicologismos que ainda o assolavam, tal como a culpa⁸². Ao elaborar sua teoria, o jurista francês sugeriu uma nova interpretação do Art. 1.382 do Código de Napoleão, apontando que o vocábulo *faute* – falha ou culpa – fosse entendido como *fait* – fato –, de modo que o agente se responsabilizaria não por suas culpas, mas sim pelos fatos a si atribuídos⁸³.

Josserand, desenvolvendo em sua argumentação a teoria do risco-proveito, argumentou acerca da necessidade de se adotar a teoria do risco também para que se concedesse segurança à vítima, a qual sofreu o dano e não teve nisto qualquer responsabilidade. Recorre, igualmente, ao brocardo do *ubi emolumentum, ibi onus*, para afirmar que é injusto e irracional que a vítima, a qual não colhe quaisquer proveitos de uma atividade criadora de riscos e nem concorreu para a sua criação, seja obrigada a suportá-los⁸⁴.

Tal argumentação defende que a responsabilidade civil é uma “mera questão de reparação de danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social”⁸⁵, partindo-se do raciocínio lógico de que, ocorrido o dano, há a atribuição a alguém, pelo ordenamento jurídico, do ônus de arcar com tal prejuízo⁸⁶. Ou seja, há sempre a responsabilização de um indivíduo pelo dano. Injusto seria, por conseguinte, que o agente causador do dano, apenas por não ter agido culposamente, não fosse obrigado a repará-lo, o que implicaria verdadeiramente na responsabilização da vítima.

⁷⁹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 54-55.

⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 56.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 16.

⁸² LIMA, Alvino. Op. cit. p. 90.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 16-17.

⁸⁴ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 93.

⁸⁵ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 93.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 63.

Não tardou para que houvesse uma reação dos partidários da teoria da culpa, opondo-se, naturalmente, às propostas de um novo fundamento para a responsabilidade civil, o risco. Destacam-se, dentre estes, os irmãos Mazeaud, os quais apontavam que a teoria do risco, dentre outras falhas: 1) adotaria uma equivocada concepção materialista do direito, eliminando a pessoa, com sua alma e vontade, ao excluir o elemento moral da responsabilidade civil, a culpa; 2) representaria um contraproducente desincentivo à realização de atividades econômicas e ao próprio progresso científico, em função do receio da responsabilidade sem culpa; 3) seria injusta, ao responsabilizar aquele que atuou de modo diligente, representando isto um desincentivo para que se procurasse evitar os danos na sociedade, eis que estes seriam arcados pelo agente causador, fosse ou não culpado⁸⁷.

Tais críticas não subsistiram, entretanto, à própria realidade fática⁸⁸. Adotada na França, primeiramente, em 1898, com a Lei dos Acidentes de Trabalho⁸⁹, a teoria do risco não produziu nenhum dos efeitos nefastos profetizados por seus críticos⁹⁰, e, se é inegável que essa doutrina representou um marco de ruptura na responsabilidade civil, é igualmente verdadeiro que o risco não substituiu a culpa, como temiam alguns, antes unindo-se a esta como fontes de atribuição da responsabilidade⁹¹.

A objetivação da responsabilidade civil, por meio da adoção da teoria do risco, vem no sentido de garantir uma “socialização dos riscos”⁹², a qual tem fundamento na solidariedade social⁹³, e não na moral individual, processo relacionado à própria decadência do liberalismo clássico e à ascensão do primado da justiça social enquanto ideários fundamentadores do Estado⁹⁴.

Com efeito, seria inviável pretender uma vinculação da responsabilidade civil à moral individual em casos nos quais, a rigor, o agente não praticou uma conduta moralmente reprovável, mas é chamado a responder, ainda assim, pelos danos causados. Nessas hipóteses, a responsabilidade se fundamenta na necessidade de, em uma sociedade nos quais os riscos são

⁸⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 69-73.

⁸⁸ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 142-149.

⁸⁹ SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 106.

⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 76.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1. p. 556-557.

⁹² SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011. p. 9.

⁹³ GIANCOLI, Brunno Pandori. **Função punitiva da responsabilidade civil**. 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. p. 70.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

coletivos, haver uma correspondente socialização das responsabilidades, mesmo não estando presente a culpa⁹⁵.

Ressalta-se que esse processo de fortalecimento da solidariedade social enquanto fundamento da responsabilidade civil não resultou imediatamente na adoção da doutrina do risco⁹⁶. Passou-se por diversos estágios intermediários, tais como a adoção de sistemas de presunção de culpa do ofensor⁹⁷, a tentativa de ligar uma responsabilidade sem culpa à ideia de abuso de direito⁹⁸, e, por fim, a própria objetivação da culpa, consistente na análise da culpa em relação a um padrão objetivo, sem que houvesse a investigação psicológica do agente, inovação proposta pelos irmãos Mazeaud que, para alguns, seria um afastamento ainda mais radical da noção de moral individual que a própria responsabilidade sem culpa⁹⁹.

O que se verifica da análise do embate doutrinário entre as teorias da culpa e do risco é, na verdade, um processo histórico de enfraquecimento da ideia de moral individual, dando lugar a uma maior preocupação com a coletividade e com a solidariedade social, o que pode ser explicado pelo advento da modernidade, na esteira de acontecimentos tais como a Revolução Industrial e a separação de religião e Estado, bem como pela ascensão do Estado Social, que representou uma derrocada do individualismo.

Do elemento culpa, entendido como “marca pública de uma moralidade privada”¹⁰⁰, chega-se ao elemento risco, critério erguido “em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade”¹⁰¹.

O processo de transição da culpa ao risco enquanto fontes da responsabilidade civil – o qual, cumpre destacar uma vez mais, não implica em superação de uma teoria pela outra – deve ser entendido, por conseguinte, como sendo parte de um debate maior, de questionamento da própria noção de moral individual como fundamento da responsabilidade civil, que resultou na ascensão da ideia de solidariedade social em seu lugar. Trata-se, evidentemente, de um forte golpe à clássica concepção da responsabilidade civil, oriunda do direito romano, ao ameaçar um de seus pilares – a culpa –, o qual, repise-se, representa uma das principais contribuições daquela civilização à construção teórica do instituto.

⁹⁵ SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 295.

⁹⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 64.

⁹⁷ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 113.

⁹⁸ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 132-134.

⁹⁹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 120.

¹⁰⁰ HIRONAKA, Giselda. Op. cit. p. 33.

¹⁰¹ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 144.

1.5 Estado da arte da responsabilidade civil no Brasil

A comunidade jurídica brasileira não esteve impassível aos debates e às inovações que se sucederam em matéria de responsabilidade civil, sendo possível afirmar que os progressos vivenciados em outros sistemas jurídicos também foram conduzidos no Brasil, ainda que guardando naturais peculiaridades.

A exemplo do ocorrido na maior parte dos ordenamentos de tradição romano-germânica, a responsabilidade civil foi concebida no Brasil com fortes inspirações no direito romano¹⁰².

Já nas Ordenações do Reino, por exemplo, cuja vigência se iniciou no período colonial e durou até a chegada do CC/16, estabelecia-se a culpa como requisito da responsabilidade civil¹⁰³.

De forma distinta, a completa superação da natureza penal do instituto se deu tardiamente, havendo ocorrido tão somente em 1841, quando se estabeleceu a possibilidade de pleitear a reparação cível sem a prévia condenação do ofensor no juízo criminal¹⁰⁴.

Apesar dos clamores por uma codificação que promovesse uma coerente sistematização do direito civil vigente no Brasil¹⁰⁵, esta só veio em 1916, mais de 100 anos após o pioneiro Código Civil Francês. O Código Beviláqua não foi, entretanto, revolucionário em matéria de responsabilidade civil, sofrendo críticas por já ser antiquado à época de sua aprovação¹⁰⁶, eis que não se posicionava acerca de questões relevantes, tais como a adoção do risco como fonte da responsabilidade civil e a possibilidade de indenização por danos exclusivamente extrapatrimoniais.

A omissão do CC/16 em tratar da teoria do risco não impediu, no entanto, a sua adoção na legislação específica¹⁰⁷. O tratamento sistemático e organizado da matéria, contudo, foi estabelecido tão somente com a posterior previsão de uma cláusula geral de responsabilidade

¹⁰² DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 25-26.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 25.

¹⁰⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 26.

¹⁰⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 26.

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 27.

¹⁰⁷ CORREIA, Atalá. O risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

objetiva pelo risco no Art. 927, parágrafo único, do CC/02¹⁰⁸, em nítido descompasso histórico¹⁰⁹.

Subsistem, contemporaneamente, tanto a teoria da culpa quanto a do risco, funcionando ambas de forma coordenada. A culpa enquanto sistema central de responsabilidade, aplicada na generalidade dos casos, e o risco enquanto sistema especial, cuja aplicação se limita aos casos previstos em lei¹¹⁰.

Verifica-se, todavia, tendência atual no sentido de inversão desse paradigma, transformando-se a teoria do risco, paulatinamente, na fonte geral da responsabilidade civil, ao passo que a teoria da culpa se torna exceção¹¹¹.

No que se refere à controvérsia acerca da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, já mencionada quando se tratou do *Code Napoléon*, esta foi vivenciada também no Brasil, dividindo os civilistas entre os que entendiam irreparáveis as lesões aos direitos da personalidade, por tratarem-se de bens jurídicos de valor inestimável, e os que se posicionavam pela possibilidade de haver uma reparação proporcional à violação ao direito¹¹².

O CC/16 pecou ao não esclarecer essa questão, limitando-se a prever hipóteses específicas de danos extrapatrimoniais ressarcíveis, inclusive disciplinando como se daria o arbitramento da indenização nesses casos, mas sem se posicionar acerca da possibilidade de reparação de lesões morais além dos casos expressos no texto legal¹¹³.

Foi pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que se estabeleceu o entendimento de que seriam também indenizáveis os danos extrapatrimoniais¹¹⁴, posição que se tornou pacífica¹¹⁵ quando a CF/88, em seu Art. 5º, V e X¹¹⁶, assegurou expressamente a

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ CORREIA, Atalá. Op. cit. p. 88.

¹¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 38.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3. p. 540-542.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 2. p. 320.

¹¹³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 859.

¹¹⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 859-861.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 320.

¹¹⁶ Art. 5º (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

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

possibilidade de indenização por danos morais, o que viria mais tarde a ser replicado no Art. 186 do CC/02¹¹⁷.

É de se notar, portanto, que no que pese certo atraso do legislador em acompanhar as inovações já prenunciadas pela doutrina – omissões supridas, por vezes, pelos Tribunais –, tem, o direito brasileiro, alcançado os avanços dos ordenamentos jurídicos estrangeiros em matéria de responsabilidade civil.

Não se pode olvidar, entretanto, as diversas deficiências normativas e, principalmente, teóricas, encontradas no tratamento das novas tendências da disciplina. São questões tais como a multiplicação dos danos ressarcíveis; as persistentes dificuldades na conceituação dos danos extrapatrimoniais e na estipulação de critérios para a quantificação das indenizações deles decorrentes; as discussões acerca dos fundamentos da responsabilidade civil e das funções que o instituto assume na sociedade; e as propostas de uma indenização punitiva desprovida de qualquer função reparatória no âmbito da responsabilidade civil, temática específica do presente trabalho.

¹¹⁷ 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.

2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Realizada a análise das principais questões referentes à evolução histórica da responsabilidade civil, essencial para o enfrentamento das problemáticas propostas no presente trabalho, passa-se ao exame das funções assumidas pelo instituto, temática que encontra numerosas definições na doutrina, não raro conflitantes entre si. Por isso, é necessária a delimitação do aspecto funcional da responsabilidade civil para que se alcance uma melhor compreensão acerca da compatibilidade do instituto com uma indenização punitiva.

Não há consenso nem mesmo no que se refere à conceituação jurídica do termo “função”, cuja larga utilização, em diversas searas do conhecimento, dificulta-lhe a construção de um sentido uno¹¹⁸. Constatam-se que os juristas apresentam uma variedade de acepções para o vocábulo¹¹⁹, ora mais ligadas à filosofia, ora mais ligadas à lógica ou até mesmo a uma noção vulgar do termo.

Para os fins do presente trabalho, entende-se por função, conforme lição de Antônio Castanheira Neves, o conjunto de exigências performativas resultantes de um sistema, seja para os seus elementos, para que se caracterizem como tal, seja para o próprio sistema, garantindo a sua identidade¹²⁰.

Desta concepção, extrai-se, a título de mera organização, uma divisão entre “função específica” – as implicações do sistema para os seus elementos – e de “função geral” – as consequências para o próprio sistema –, sendo que as funções específicas trabalham como um mecanismo contínuo para a conservação e o desenvolvimento do sistema, de modo a fazê-lo alcançar a sua função geral¹²¹.

Cumprido esclarecer a distinção entre a estrutura de um instituto e a função por ele desempenhada, a qual, conforme se demonstrará a seguir, suscita frequentes confusões naqueles que pretendem empreender uma análise funcional dos fenômenos jurídicos.

Consoante lição de Francisco Loureiro, o estudo estrutural de uma norma ou instituto seria realizado por meio de abordagem técnico-jurídica, preocupada em descrever as características jurídicas do objeto de estudo, ao passo que uma investigação funcional teria

¹¹⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

¹¹⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit. p. 126-127; GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 18-19.

¹²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Editoria Coimbra, 2008, v. 3. p. 216.

¹²¹ GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 19.

origem sociológica, orientada pela finalidade concreta assumida pelo fenômeno jurídica na realidade social¹²².

Nesse sentido, Francisco Amaral aponta que a função de uma norma ou instituto seria o papel por ela desempenhado no interior de sua estrutura¹²³, isto é, a finalidade social cuja consecução é almejada por meio de suas características jurídicas particulares, posição adotada também por Francisco Loureiro, o qual sustenta que “o termo função, contraposto ao termo estrutura, serve, de fato, para definir o concreto modo de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e manifestas”¹²⁴.

A análise funcional das ciências jurídicas, até recentemente negligenciada, preterida em favor de um estudo estrutural do fenômeno jurídico¹²⁵, recai, por conseguinte, na análise de um instituto à luz de tudo aquilo que, em específico, deve ser desempenhado por seus elementos em decorrência de sua natureza, contribuindo para a consecução daquilo que, no geral, o próprio instituto tem de realizar, isto é, seu encargo no mundo jurídico e social.

A fim de proceder com a perquirição das funções assumidas pela responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, expõe-se, primeiramente, as divergências doutrinárias alusivas à matéria, demonstrando as principais finalidades do instituto, para, em seguida, examinar-se detidamente suas mais importantes funções.

2.1 A diversidade de posições doutrinárias quanto às funções assumidas pela responsabilidade civil

Em que pese a convergência dos autores acerca da função geral da responsabilidade civil – esta seria um mecanismo jurídico de “adaptação, integração e continuidade de um convívio social pacífico”¹²⁶, com finalidade precípua de proteção da esfera jurídica de cada pessoa¹²⁷ –, persistem concepções doutrinárias muito distintas em relação às funções específicas assumidas pelo instituto, ou seja, ao papel assumido por seus elementos para a consecução das finalidades gerais de pacificação social e tutela da pessoa.

¹²² LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109.

¹²³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345.

¹²⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109-110.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 53.

¹²⁶ GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 25.

¹²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459.

Guido Alpa, por exemplo, defende a existência de quatro funções específicas da responsabilidade civil, as quais atuam de modo complementar, quais sejam: 1) a de reagir ao ilícito; 2) a de reparar o dano sofrido pela vítima; 3) a de punir o ofensor; 4) a de desestimular tanto o indivíduo responsável pelo dano quanto o restante da sociedade a praticar atos semelhantes¹²⁸.

Herman Benjamin aponta uma quádrupla função do instituto em análise, mencionando finalidades reparatórias, preventivas, punitivas e de minimização dos danos¹²⁹.

Fernando Noronha, por outro lado, sustenta a existência de três encargos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam, a reparação, principal função do instituto, e, paralelamente a esta, a punição do ofensor e a prevenção de novos danos, complementares à primeira¹³⁰.

Teresa Ancona Lopez, reconhecendo a existência de profundas divergências doutrinárias relativas à matéria, assevera que, no geral, é possível atestar a existência de duas funções da responsabilidade civil: a reparação dos danos ocorridos e a prevenção de novos danos¹³¹.

Sugerindo uma delimitação funcional analítica, a qual abrangeria todos os desdobramentos da responsabilidade civil, Brunno Pandori Giancoli reconhece um sentido quádruplo para o instituto, composto por funções imputacionais, ressarcitórias, compensatórias, punitivas e pedagógicas¹³².

Apesar de não apresentarem a questão de modo idêntico, constata-se que os posicionamentos quanto à temática das funções da responsabilidade civil, a grosso modo, giram em torno de uma tríplice funcionalização do instituto, verificando-se a função reparatória, reconhecida como predominante, ao lado das funções punitiva e preventiva, apontadas como complementares àquela.

O que se observa, mais que uma real divergência de posições doutrinárias quanto à matéria, é uma série de repetições quando da enumeração das funções da responsabilidade civil, e uma frequente confusão entre as finalidades do instituto e as suas características.

¹²⁸ ALPA, Guido. **Nuevo tratado de la responsabilidad civil**. Lima: El Jurista Editores, 2006. p. 198.

¹²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. A responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 75 – 136, jan./mar., 1998. Disponível em: <<https://xa.yimg.com/kq/groups/24983346/903429941/name/Responsabilidade+civil+pelo+dano+ambiental+-+Antonio+Herman+V.+Benjamin.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016. p. 87.

¹³⁰ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 460.

¹³¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

¹³² GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 27.

Ora, caso a identificação do papel de um instrumento jurídico correspondesse à constatação de suas características, de todo inútil seria esse estudo funcionalizado, porque equivaleria à mera análise descritiva.

Afirmar, a exemplo de Guido Alpa, que reagir ao ilícito é uma das funções da responsabilidade civil, apesar de correto em certo sentido vulgar do termo, não traz qualquer contribuição ao debate, por se tratar de mera característica do instituto, inclusive inserida em outras funções previstas pelo autor – as funções reparatórias, punitivas e preventivas representam todas, por óbvio, reações ao ilícito –.

Do mesmo modo, Brunno Pandori Giancoli incorre em equívoco ao afirmar que a imputação, o ressarcimento e a compensação consistem em funções da responsabilidade civil.

A imputação, diferentemente do que pretende o autor, trata-se de pressuposto da responsabilidade civil, e não de função, eis que nem mesmo se cogita de concretização do instituto sem a imputação do ofensor.

O ressarcimento e a compensação, por outro lado, longe de se traduzirem em funções específicas da responsabilidade civil, representam tão somente espécies de reparação – atuando, portanto, no âmbito estrutural do instituto – pelas quais é possível se alcançar a sua função reparatória.

Com efeito, a função de reparação do dano pode ser concretizada tanto por meio de uma estrutura ressarcitória, também chamada indenizatória, em se tratando de danos patrimoniais, quanto por meio de uma estrutura compensatória, nos casos de dano extrapatrimonial, ou mesmo por outros mecanismos, tais como a reparação *in natura*¹³³. Porém, não se pode falar, por conta deste fato, de funções ressarcitórias ou compensatórias autônomas, consistindo, como já apontado, em estruturas que contribuem na concretização da função de reparação dos danos da responsabilidade civil.

Conforme já se mencionou anteriormente, só há de se considerar funções específicas de um instituto as exigências essenciais impostas aos seus elementos para se alcançar uma finalidade geral que o diferencia no mundo jurídico e social.

Partindo desta compreensão, entende-se mais razoável o posicionamento daqueles que visualizam como funções da responsabilidade civil a reparação dos danos, a punição dos ofensores e a prevenção de novos danos¹³⁴, por se tratarem, ao menos na contemporaneidade,

¹³³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 846.

¹³⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 459; FEIJÓ, Arthur Nogueira. **Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à idealização de uma causa geral de multa civil**. Fortaleza: DIN.CE, 2015. p. 32; NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7. p. 14.

dos objetivos almejados, em maior ou menor escala, pelos elementos estruturais do instituto, e que permitem a consecução de seus fins maiores de pacificação social e de tutela da pessoa.

Cumprе ressaltar que tem se tornado comum entre os estudiosos da temática a opção pouco louvável pela utilização genérica da expressão “função punitiva da responsabilidade civil”, fazendo-se referência, por meio desta terminologia, tanto à função do instituto de impor ao infrator uma pena¹³⁵, quanto à sua finalidade de retribuir proporcionalmente ao ofensor o mal causado¹³⁶.

Trata-se de uso indiscriminado da expressão para sentidos distintos. Sucede que, caso entendida como finalidade de aplicar uma pena, a função punitiva ganha sentido mais geral, guardando em si duas outras funções, a de retribuir o mal causado (função punitiva-retributiva) e a de prevenir que o agente e outras pessoas pratiquem atos semelhantes (função punitiva-preventiva)¹³⁷. Por outro lado, se compreendida como finalidade de retribuir o mal causado pelo infrator, a função punitiva só assume o primeiro significado, explicando a afirmação de alguns de que existiria uma função preventiva à parte.

Trata-se, uma vez mais, da confusão entre a estrutura do instituto e a sua finalidade. A função punitiva e a função preventiva da responsabilidade civil são inconfundíveis entre si, havendo, inclusive, um nítido antagonismo entre a finalidade de retribuir a ofensa e a finalidade de prevenir que novas ofensas ocorram.

Persiste a confusão mencionada, no entanto, pois não há independência estrutural entre estas funções, sendo ambas concretizadas, historicamente, por meio da pena privada, pecuniária ou pessoal¹³⁸, citando-se, contudo, tentativas recentes de desvincular a prevenção da reparação e punição, por meio do desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil sem dano¹³⁹.

A unicidade estrutural não justifica, contudo, a confusão entre a função punitiva e a função preventiva da responsabilidade civil, inclusive pelo fato de que tem prevalecido nos sistemas jurídicos romano-germânicos a opção pela utilização da indenização reparatória como estrutura única de concretização de todas as funções do instituto, sejam reparatórias, punitivas ou preventivas, sem que haja por conta disso a pretensão de reduzir a função da responsabilidade civil à reparação do dano. É o que explica José de Aguiar Dias, no trecho transcrito:

¹³⁵ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

¹³⁶ GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 34-35.

¹³⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

¹³⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 845.

¹³⁹ Cf. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica – limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resultada da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem.¹⁴⁰

Far-se-á uso, portanto, da terminologia em sua segunda acepção, isto é, em seu sentido mais específico, diferenciando-se, portanto, a função punitiva da responsabilidade civil de sua função preventiva.

Tal opção explica-se não apenas por preciosismo, ao se adotar nomenclatura mais acurada, mas, sobretudo, em função de o presente trabalho abordar a questão da aplicabilidade, no ordenamento jurídico pátrio, da indenização punitiva, estrutura a qual assume funções punitivas e preventivas.

Tratando-se, a pena privada, de estrutura com funções retributivas e preventivas, contribui para a compreensão do trabalho a opção por se utilizar o sentido estrito da função punitiva da responsabilidade civil – isto é, distinguindo-a da função preventiva –, evitando-se desnecessárias confusões de natureza meramente terminológica.

2.2 A função reparatória da responsabilidade civil

A função reparatória ou ressarcitória da responsabilidade civil se constitui na exigência imposta ao instituto de restabelecer o equilíbrio jurídico e econômico entre lesado e lesante, o qual é violado pela superveniência de um dano, seja este oriundo de ato culposos ou decorrente de risco criado em certa atividade¹⁴¹, ressarcindo-se, assim, às custas do ofensor, o prejuízo sofrido pela vítima¹⁴².

Trata-se de compreensão cuja origem remonta ao direito romano, onde se iniciou o processo de superação das penas privadas tarifárias em direção à reparação integral dos danos¹⁴³, muito embora, apenas na Idade Média, tenha ocorrido o definitivo fortalecimento dessa noção, com o desenvolvimento da ideia de justiça comutativa por São Tomás de Aquino¹⁴⁴.

A importância assumida pela função ressarcitória é de tal ordem que, desde o início das codificações modernas até a atualidade, vem se estabelecendo, como quase consenso entre os

¹⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 845.

¹⁴¹ GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 28.

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 26.

¹⁴³ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 618.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 27.

doutrinadores, a afirmação de que a finalidade primordial da responsabilidade civil é a reparação do dano sofrido¹⁴⁵, de maneira a restabelecer o equilíbrio jurídico por ele rompido¹⁴⁶.

Essa finalidade de recomposição do patrimônio jurídico do lesado orienta o princípio da restituição integral, o qual estabelece que deve ser intentado, na medida do possível, retornar o prejudicado à situação anterior à lesão¹⁴⁷. Tal pretensão de restabelecimento exato da situação anterior ao dano pode ser resumida na expressão francesa “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”¹⁴⁸.

Explicando a relevância da *restitutio in integrum* no âmbito da responsabilidade civil, tem-se Sérgio Cavalieri Filho, o qual leciona do seguinte modo:

Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto. Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.¹⁴⁹

O imperativo de restituição integral dos danos sofridos, previsto no Art. 944, *caput*, do CC/02¹⁵⁰, deve ser entendido, em primeiro lugar, como compromisso de reparação ampla dos danos sofridos, independentemente de sua natureza, e, em segundo lugar, como critério de proporcionalidade entre o dano experimentado e a sua reparação, evitando-se assim, ao mesmo tempo, que a vítima sofra prejuízo e que afixe enriquecimento sem causa¹⁵¹.

Não pode ser compreendido, por outro lado, como se impusesse um necessário retorno ao *status quo ante*, eis que a reparação, mesmo nos casos de danos materiais, e ainda mais visivelmente nos casos de danos morais, é sempre um sucedâneo do mal sofrido pela vítima, não restaurando com exatidão o patrimônio jurídico do lesado, mas tão somente repondo-o de modo proporcional¹⁵².

Injustificada, portanto, a tese de que o princípio da restituição integral não se aplicaria aos danos morais, pois as lesões a bens jurídicos extrapatrimoniais não seriam suscetíveis de reposição por valores pecuniários, de modo que não haveria correlação entre o dano e a compensação devida¹⁵³.

¹⁴⁵ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 460; SILVA, Wilson Melo da. Op. cit. p. 41; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 39; GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 625.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 26.

¹⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 432.

¹⁴⁸ Tradução livre: “todo o dano, mas nada mais que o dano”.

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 26.

¹⁵⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 39.

¹⁵² LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit. p. 66.

¹⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 432.

Em verdade, essa equivalência inexistente até nos casos de danos materiais, ocorrendo a quantificação da indenização destes, não raras vezes, por meio de critérios de proporcionalidade e aproximação¹⁵⁴. A máxima da *restitutio in integrum* impõe apenas a observância dessa proporcionalidade entre a lesão sofrida e a reparação devida, o que é plenamente possível nas hipóteses de danos morais¹⁵⁵.

Não se pode negar que é possível se visualizar a diferença de dimensão de uma violação aos direitos de personalidade de um indivíduo cuja imagem é utilizada indevidamente, por exemplo, em uma campanha publicitária, e de outra pessoa cuja imagem é denegrida em uma campanha difamatória.

Impende mencionar que a aplicação desse princípio às lesões extrapatrimoniais não representa uma tarifação das reparações, mas tão somente a necessidade do intérprete de, ao buscar a compensação do dano moral, guiar-se pelo critério da gravidade da ofensa¹⁵⁶.

Imperioso ressaltar que a função reparatória da responsabilidade civil abrange tanto a indenização, em que a natureza do dano sofrido e do ressarcimento é idêntica, sendo ambos de ordem patrimonial, quanto a compensação, em que não há essa relação de identidade, eis que o dano, apesar de extrapatrimonial, é reparado por meio de compensação cuja natureza é pecuniária¹⁵⁷.

Tem-se que reparação é gênero do qual indenização e compensação são espécies¹⁵⁸, sendo equivocada, portanto, a opção de alguns doutrinadores de estudar separadamente uma função indenizatória e uma função compensatória¹⁵⁹, partindo do impreciso entendimento de que haveria distinção de finalidades entre as duas, quando a diferença reside, em verdade, no modo como a indenização e a compensação atuam para alcançar a mesma função, qual seja, a reparação.

Sendo assim, resta claro que a função reparatória assume, desde há muito, protagonismo dentre as finalidades da responsabilidade civil. É em função dela que se tem estabelecido o princípio da restituição integral, segundo o qual o ofensor deve repor todos prejuízos – sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais – sofridos pela vítima, de modo proporcional à extensão deles.

¹⁵⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit. p. 66.

¹⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 434-435.

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano: redução equitativa da indenização. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 580.

¹⁵⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

¹⁵⁸ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

¹⁵⁹ GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 27.

Evidenciado, ademais, que a *restitutio in integrum* se aplica também aos danos morais, e que o gênero da reparação é composto por duas espécies, quais sejam, a indenização, em que o dano e a reparação têm naturezas equivalentes, e a compensação, em que não existe essa similitude.

2.3 A função punitiva da responsabilidade civil

A função punitiva, também chamada sancionatória, apesar de tradicionalmente relacionada à responsabilidade penal, também é identificada na responsabilidade civil, consistindo na finalidade de impor ao lesante uma pena, a qual assume um caráter de retribuição do dano injusto com um castigo proporcional – a chamada função punitiva-retributiva¹⁶⁰.

Se a função reparatória impõe a máxima da restituição integral, segundo a qual os danos devem ser ressarcidos, independentemente de sua origem, e na proporção da lesão, sem se levar em conta questões como a gravidade da conduta do agente¹⁶¹, a função punitiva prescreve, por outro lado, uma exigência de punir o lesante, não apenas na proporção do dano sofrido, mas também em atenção ao grau de sua culpa, ou seja, ao desvalor da conduta praticada¹⁶².

Trata-se de finalidade que prevaleceu nos tempos primitivos, época na qual, conforme já mencionado, não se cogitava de reparação, mas tão somente da vingança contra o autor do dano ou mesmo contra o grupo ao qual pertencia¹⁶³.

A narrativa da ascensão da função reparatória foi, no entanto, a mesma da derrocada da função punitiva, chegando alguns autores a sugerirem que esta fosse absolutamente proscrita do âmbito da responsabilidade civil, permanecendo exclusivamente na seara criminal¹⁶⁴.

Neste sentido, cita-se o comentário de Louis Huguenev, no início do Século XX, antes mesmo da consolidação da responsabilidade objetiva, no qual relata o quase unânime entendimento acerca da derrocada da pena privada:

Trata-se de uma afirmação por vezes emitida, e uma crença muito difundida tanto entre civilistas quanto entre criminalistas, que a pena privada, no direito atual, sob todas as suas formas, desapareceu: produto de uma civilização pouco avançada, ela tem sido apagada pelo progresso dos costumes, pelo aperfeiçoamento do direito e pelo desenvolvimento das instituições políticas.¹⁶⁵

¹⁶⁰ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

¹⁶¹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 199.

¹⁶² NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 462.

¹⁶³ LIMA, Alvino. Op. cit. p. 10.

¹⁶⁴ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 627.

¹⁶⁵ HUGUENEV, Louis. **La peine privée en droit actuel**: quelques observations de droit maritime, de droit international, et de droit civil comparé. Paris: LGDJ, 1996. p. 3.

Há de se esclarecer, contudo, que o debate acerca da função punitiva da responsabilidade civil não versa propriamente acerca de sua existência, mas sim de sua autonomia estrutural. Isto porque nem mesmo seus mais árdios opositores podem negar o fato de que a própria reparação acaba por impor um sacrifício ao ofensor, terminando por puni-lo, ainda que tal castigo tenha natureza secundária ou mesmo acidental¹⁶⁶.

O que tem havido, em verdade, é um constante redimensionamento do viés punitivo do instituto, o qual ora é exclusivamente acessório à função reparatória, como se verificava no CC/16, em que o grau de gravidade do ilícito tinha influência extremamente reduzida sobre a indenização, cuja quantificação quase sempre se guiava de forma exclusiva pela extensão do dano causado¹⁶⁷, ora assume maior relevância, influenciando diretamente na reparação, como ocorre na atualidade, período no qual existem pretensões até mesmo de independência, no âmbito da responsabilidade civil, da punição em relação ao ressarcimento, por meio da aplicação de indenizações punitivas¹⁶⁸.

Ilustrando essa valorização da função punitiva da responsabilidade civil sob a égide do CC/02, cita-se o Art. 944, parágrafo único¹⁶⁹, do diploma legal em questão, pelo qual se permite ao julgador reduzir o valor da indenização, caso identifique uma flagrante desproporção entre a culpa do lesante e o dano cuja reparação se pretende.

Tal dispositivo, cuja redação no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941¹⁷⁰ concedia ainda maior espaço de atuação do juiz para aplicar a função punitiva da responsabilidade civil, foi inspirado no Código Federal Suíço de Obrigações¹⁷¹, e consagra a finalidade sancionatória exatamente ao estabelecer um mínimo de equivalência entre a culpa do agente e o ressarcimento devido¹⁷². Entende que, havendo culpa levíssima, deve ser menor a punição, minorando-se, por conseguinte, o *quantum* indenizatório¹⁷³.

Tradução livre do seguinte trecho: “C’est une affirmation parfois émise et une croyance très généralement répandue, parmi les civilistes comme parmi les criminalistes, que la peine privée, en droit actuel, sous toutes ses formes, a disparu: produit d’une civilisation peu avancée, elle s’est effacée sous l’action du progrès des mœurs, du perfectionnement du droit et du développement des institutions politiques.”

¹⁶⁶ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461; DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 845; SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 126-127.

¹⁶⁷ ALVIM, Agostinho. Op. cit. p. 199.

¹⁶⁸ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 627.

¹⁶⁹ Art. 944. (...)

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

¹⁷⁰ Art. 172. O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso.

¹⁷¹ ALVIM, Agostinho. Op. cit. p. 200.

¹⁷² NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 463.

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 28-29.

A mera afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função punitiva, ao lado da predominante finalidade reparatória, não passa, portanto, da constatação de uma obviedade, seja pelo fato de a reparação implicar, por si só, em um castigo ao lesante, seja por ter havido a adoção expressa, no CC/02, da possibilidade de redução da indenização, em casos nos quais o insignificante desvalor da conduta do agente seja desproporcional em relação ao ressarcimento, disposição legal que funciona como verdadeiro meio de intervenção da função punitiva da responsabilidade civil em sua congênere reparatória.

A controvérsia concerne, por outro lado, à questão da autonomia estrutural da função punitiva, diferentemente do que pretendem alguns¹⁷⁴, ao discutirem a própria compatibilidade da função punitiva da responsabilidade civil em relação ao direito brasileiro.

Não se limita a discussão, todavia, à mera existência de uma estrutura indenizatória punitiva autônoma. Isso porque, conforme explicado por Pedro Ricardo e Serpa, uma análise atenta da legislação privada brasileira revela que ela está “repleta de exemplos de sanções que exercem função punitiva”¹⁷⁵, previstas para hipóteses específicas, como no caso do Art. 416 do CC/02¹⁷⁶, referente às cláusulas penais, e no caso do Art. 940 do CC/02, pertinente à demanda maliciosa de dívida já paga¹⁷⁷.

O que se discute, por outro lado, é se, para além destes dispositivos específicos, haveria no ordenamento jurídico pátrio uma autorização geral de manejo de uma estrutura indenizatória autônoma de natureza punitiva.

Ou seja, o que se discute é a possibilidade de, ao lado de uma indenização reparatória ou de uma compensação, haver uma indenização punitiva estruturalmente autônoma, aplicável à generalidade dos casos, e destinada a penalizar o ofensor pela conduta ilícita praticada, bem como a prevenir condutas semelhantes, como se demonstrará no tópico seguinte.

É que, consoante ao já mencionado, o intuito sancionatório é compreendido tradicionalmente como secundário em relação à finalidade reparatória da responsabilidade civil¹⁷⁸, o que explica não só o papel meramente acessório que a punição assume, via de regra, na indenização, mas também a existência esparsa de hipóteses de indenização punitiva, sem que haja um tratamento geral da matéria, aplicável à generalidade dos casos.

¹⁷⁴ KRUMMENAUER, Maria Carolina. 2015. *Punitive damages na sociedade de hiperconsumo*. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. p. 4-5; VENTURI, Thaís. Op. cit. p. 209; GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit. p. 16.

¹⁷⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 192.

¹⁷⁶ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

¹⁷⁷ Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

¹⁷⁸ NORONHA, Fernando. Op. cit. p. 461.

Recai o debate, por conseguinte, na temática de se seria ou não possível que a função punitiva da responsabilidade civil subsistisse em uma estrutura independente daquela destinada à concretização da função reparatória do instituto, estabelecendo assim uma pena privada paralela à reparação, ou se esta finalidade punitiva estaria, por outro lado, adstrita aos limites do ressarcimento¹⁷⁹.

2.4 A função preventiva da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil também tem por função, ao lado da reparação do dano sofrido pela vítima e da punição do ofensor, o desestímulo ao cometimento de novos ilícitos, seja para o próprio indivíduo sancionado, a fim de que não reincida na conduta vedada, seja para a sociedade em geral, com vistas a evitar que outras pessoas pratiquem atos semelhantes¹⁸⁰.

A exemplo do já afirmado ao se tratar da função punitiva, verifica-se que a função preventiva é mera coadjuvante da reparação dos danos, no âmbito da responsabilidade civil, sendo ofuscada, igualmente, pela própria função punitiva, defendendo alguns que a prevenção não deveria nem mesmo ser dissociada da retribuição¹⁸¹.

Tal pretensão de unificar as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil não pode, no entanto, ser admitida, eis que a retribuição do mal causado pelo ofensor e a prevenção de novas condutas semelhantes consistem em finalidades não só distintas, mas antagônicas. Há, tão somente, unicidade na estrutura pela qual a punição e a prevenção se concretizam na responsabilidade civil, interdependência esta que é habitual, porém não necessária.

Esta homogeneidade estrutural ocorre tanto nos casos em que há apenas uma indenização reparatória, hipótese na qual uma mesma estrutura assume funções reparatórias, punitivas e preventivas¹⁸², quanto nos casos em que há uma indenização punitiva, caso no qual a pena privada acolhe tanto a finalidade de reprimir o ilícito ocorrido quanto o de prevenir ilícitos futuros¹⁸³.

O debate já introduzido quando da explanação da função punitiva da responsabilidade civil se aplica igualmente, por conseguinte, à função preventiva deste instituto, eis que ambas

¹⁷⁹ GRIVOT, Débora. Op. cit. p. 627.

¹⁸⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 42.

¹⁸¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1925.

¹⁸² DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 845.

¹⁸³ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 42.

as funções são concretizadas pela pena privada, a qual representa uma autonomia estrutural em relação à predominante finalidade de reparação dos danos.

Deste modo, ao se fazer referência à indenização punitiva ou à pena privada, faz-se menção a uma estrutura da responsabilidade civil destinada a concretizar as funções punitiva e preventiva do instituto.

Isto é: a controvérsia acerca da aplicabilidade da indenização punitiva na ordem jurídica pátria reside na discussão pertinente à autonomia estrutural das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

Não há que se questionar, portanto, da existência de uma função punitiva ou preventiva do instituto em análise, mas sim da autonomia estrutural dessas funções, as quais têm sido confinadas e limitadas à indenização reparatória.

Deste modo, esclarecidas as principais questões pertinentes às funções específicas e à função geral do instituto analisado, bem como delimitada a controvérsia debatida, que não versa acerca da existência ou aplicabilidade da função punitiva e da função preventiva no direito brasileiro, mas sim da autonomia estrutural dessas finalidades.

Estuda-se, em sequência, as características da indenização punitiva e das suas tentativas de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, investigando-se em que medida a pena privada “à brasileira” se identifica com os *punitive damages* do *common law*, do qual teria colhido inspirações.

3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ATUAL

Conforme demonstrado, o instituto da responsabilidade civil tem se desenvolvido ao longo da história – ao menos nos sistemas de origem romano-germânica – no sentido de privilegiar, com fulcro na solidariedade social, uma crescente reparação dos danos, desvalorizando-se, por outro lado, a culpa enquanto elemento essencial da responsabilização.

Identificou-se que a função punitiva do instituto, outrora prevalecente, consubstanciada na pena privada romana, vem sendo preterida, ao lado da função preventiva, em desfavor da finalidade reparatória da responsabilidade civil, fenômeno evidenciado na noção já consagrada de que a punição e a prevenção estariam estruturalmente limitadas à reparação, isto é, que a indenização estaria limitada à reparação pecuniária do dano sofrido, e que nesse valor já estariam contidas a função punitiva e a função preventiva do instituto.

Observou-se, todavia, que é inegável a existência de uma tríplice função – punitiva, preventiva e reparatória – no âmbito da responsabilidade civil, sendo cabível a discussão, tão somente, acerca da autonomia estrutural das finalidades punitiva e preventiva, ou seja, em relação à possibilidade de uma indenização punitiva.

Ao buscarem uma definição de indenização punitiva, os autores geralmente recorrem à noção de sanção pecuniária, ou da parcela desta, cuja finalidade precípua é punir o autor da ofensa, ao invés de meramente reparar o dano sofrido pela vítima¹⁸⁴. Prefere-se, no entanto, a proposta de Pedro Ricardo e Serpa, o qual, analisando a construção de *punitive damages* adotada nos sistemas jurídicos de *common law*, define a indenização punitiva nos seguintes termos:

quantia pecuniária, geralmente imposta por um corpo de jurados, como forma de sanção a um ato ilícito altamente reprovável, cuja função é a de punir o ofensor e de prevenir o cometimento de novos ilícitos futuros, e que, por fim, deve ser imposta ao ofensor em adendo e independentemente de eventual indenização compensatória a que possa fazer jus o ofendido.¹⁸⁵

Respeitado o fato de se tratar de definição descritiva da realidade do sistema de *common law*, de onde se explica, por exemplo, a observação de que os *punitive damages* são geralmente impostos por um corpo de jurados, verifica-se que esta explicação contempla todos os elementos caracterizadores da indenização punitiva.

Com efeito, ao se debater a indenização punitiva – seja no direito alienígena ou pátrio – , é necessário se ter em mente, desde já, consistir de estrutura inserida no instituto da

¹⁸⁴ HUGUENEY, Louis. Op. cit. p. 4; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 125-126; MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 434-435; SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit. p. 126.

¹⁸⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 26.

responsabilidade civil, a qual: a) sanciona um ato ilícito reprovável; b) atende às funções punitivas e preventivas do instituto; c) é estruturalmente independente da indenização reparatória, não se podendo nomear de indenização punitiva a sanção pecuniária que se limita a ressarcir o dano sofrido, eis que, conforme explicado anteriormente, o caráter punitivo e preventivo é meramente acessório nesta hipótese.

Sendo assim, superada a análise histórica e funcional da responsabilidade civil, conduzida nos tópicos anteriores, o que se pretende investigar neste momento é em que medida uma indenização punitiva nos termos descritos é compatível com a ordem jurídica pátria vigente.

Para isso, far-se-á breve introdução acerca do modo como é disciplinada modernamente a indenização punitiva nos sistemas jurídicos de *common law*, sobretudo no direito americano e inglês – ordens jurídicas as quais usualmente servem de inspiração aos entusiastas da indenização punitiva no Brasil¹⁸⁶ –, comparando a pena privada moderna nestes sistemas com os seus antecedentes históricos.

Em seguida, apresentar-se-á em que medida, e de qual maneira, a indenização punitiva foi recepcionada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, apontando-se as peculiaridades que a matéria obteve no Brasil, e questionando se aquilo que se tem convencionado chamar no país de indenização punitiva faz jus a tal terminologia.

Serão expostas, ademais, as principais objeções à adoção de uma indenização punitiva no Brasil, bem como as réplicas veiculadas pelos defensores da autonomia estrutural das funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil.

Por fim, ante as discussões apresentadas, será sistematizada uma crítica à pretensa construção jurisprudencial da indenização punitiva experimentada no Brasil, demonstrando-se a incompatibilidade de uma função sancionatória estruturalmente autônoma com o ordenamento jurídico pátrio atual, sobretudo em virtude do dever dos julgadores de manutenção da integridade do direito, sem prejuízo, no entanto, de sua adoção, no futuro, por intermédio da via legislativa.

Cumprir trazer à baila novamente o já destacado fato de que é inconteste que, no direito brasileiro, subsistem, ainda que em reduzido número, hipóteses de indenização punitiva, seja

¹⁸⁶ GOUVEIA, Roberta Correa. **Limites à indenização punitiva**. 127 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2012. p. 9.

na seara contratual, por meio das cláusulas penais¹⁸⁷, seja no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, como no Art. 940 do CC/02¹⁸⁸.

O que se perquirirá a seguir, por outro lado, é se há a possibilidade de aplicação de indenização punitiva para além destas previsões específicas, isto é, se há uma autorização geral para a sua utilização na ordem jurídica pátria.

3.1 A pena privada na modernidade: os *punitive damages* da tradição jurídica de *common law*

No que pese ser possível constatar, ao longo da história, a adoção da pena privada por diversos povos, inclusive assumindo características semelhantes às propostas contemporaneamente, é nos sistemas jurídicos de *common law* que se verifica o mais robusto exemplo de indenização punitiva da modernidade¹⁸⁹, servindo os *punitive damages* do direito anglófono de exemplo para as proposições de diversos juristas oriundos de países de tradição jurídica romano-germânica¹⁹⁰.

A exemplo do que ocorria no direito romano pré-clássico, o direito inglês não distinguia, em seus primórdios, os ilícitos de natureza civil e criminal, incumbindo ao responsável pela conduta o pagamento de uma sanção pecuniária que exercia, ao mesmo tempo, funções compensatórias e punitivas¹⁹¹.

Frisa-se que foi sob influência da pena privada romana que surgiram as *amercements*, antecedentes históricos dos *punitive damages* existentes no direito inglês medieval, importância que se atesta nas semelhanças da disciplina da matéria nestes dois sistemas jurídicos, como no método de quantificação da indenização, a qual representava um múltiplo dos danos sofridos pela vítima¹⁹².

Ainda de modo semelhante ao que ocorreu em Roma, verificou-se uma derrocada da pena privada a partir do momento em que o direito inglês promoveu uma distinção clara entre a responsabilidade civil e a penal, sendo assim superadas as *amercements* tanto na seara

¹⁸⁷ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 193.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

¹⁸⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 195.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

¹⁸⁹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 23.

¹⁹⁰ GOUVEIA, Roberta Correa. Op. cit. p. 9.

¹⁹¹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 28-29.

¹⁹² SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 27-28.

criminal, onde deram lugar às multas, quanto na seara cível, onde foram substituídas pelos *compensatory damages*¹⁹³.

Entretanto, diferentemente do que ocorreu no direito romano e nos sistemas jurídicos por ele fortemente influenciados, não tardaram a surgir na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos da América, julgados que, sem revitalizar as *amercements*, estabeleciam, em casos de notável gravidade, uma estrutura punitiva autônoma, determinando ao ofensor cuja conduta fora especialmente reprovável o pagamento não só dos *compensatory damages*, mas também de uma sanção pecuniária – os *punitive damages* –¹⁹⁴.

Segundo explica Zitzner, foi em *Huckle v. Money* que se estabeleceu o primeiro precedente judicial em que foi contemplada na Inglaterra uma indenização punitiva no âmbito da responsabilidade civil¹⁹⁵.

Neste caso, um homem teve a sua residência invadida por um mensageiro do Rei, o qual lhe manteve preso por seis horas, sob a justificativa de que seria suspeito de imprimir material subversivo, sendo o invasor condenado a indenização em montante que o próprio juízo entendia superior ao necessário à mera reparação dos danos, justificando-se a quantificação na gravidade da violação à liberdade da vítima¹⁹⁶.

Irresignado, o mensageiro recorreu às instâncias extraordinárias, apontando precedentes que estabeleciam a natureza unicamente reparatória da indenização na responsabilidade civil. Tal apelo não obteve sucesso, todavia, apontando os julgadores que, diante da gravidade da conduta ilícita praticada, a condenação também deveria assumir uma função punitiva¹⁹⁷.

Esse tipo de indenização punitiva não tardou a se firmar no direito inglês e no direito americano, já tendo havido a consolidação dos *punitive damages* em ambos os sistemas jurídicos no Século XIX¹⁹⁸.

¹⁹³ ZITZER, Kurt. Punitive damages: a cat's clavicle in modern civil law. *The John Marshall Law Review*, v. 22, n. 3, p. 657-684, mar./jun., 1989. p. 662.

¹⁹⁴ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 31.

¹⁹⁵ ZITZER, Kurt. Op. cit. p. 663.

¹⁹⁶ ZITZER, Kurt. Op. cit. p. 663.

¹⁹⁷ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 32.

O autor citado transcreve importante trecho do julgamento da *House of Lords*, ora traduzido livremente, e seguido do original:

“Entrar na casa de um homem respaldado por um mandado inválido, com a finalidade de buscar evidências, é pior do que a Inquisição Espanhola; direito sob o qual nenhum inglês gostaria de viver nem mesmo uma hora; trata-se de um gravíssimo ataque público às liberdades do indivíduo”.

“[t]o enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live na hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject”.

¹⁹⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 33-35.

No direito americano, é possível citar o emblemático julgamento *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, em que certo motorista, condutor de um veículo *Ford Pinto*, envolveu-se em acidente no qual seu automóvel restou envolto em chamas, ocasionando a morte do condutor e graves lesões ao passageiro¹⁹⁹.

Nesse caso, discutiu-se a grave reprovabilidade dos atos da companhia, que já tinha conhecimento da vulnerabilidade do veículo à combustão em caso de acidentes, motivo pelo qual foi condenada não apenas a reparar os danos sofridos, por intermédio de indenização reparatória no valor total de US\$ 2.516.000,00 (dois milhões, quinhentos e dezesseis mil dólares), sendo também arbitrada indenização punitiva no montante de US\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares), posteriormente reduzido em sede recursal para US\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares)²⁰⁰.

Tanto no direito inglês quanto no direito americano, condiciona-se o manejo da indenização punitiva ao atendimento de alguns requisitos.

Em primeiro lugar, tem-se como necessária a prática de um ato ilícito, normalmente de origem extracontratual, mas que pode ser também oriundo de inadimplemento contratual, caso este transcorra de modo flagrantemente abusivo ou fraudulento, como em casos de negativa de pagamento de indenização de seguro nos quais seja patente a má-fé da seguradora²⁰¹.

Há de se destacar, igualmente, um critério de aplicação já existente nos primeiros casos em que os *punitive damages* foram observados e até hoje vigente, qual seja, o de que nem todos os casos seriam compatíveis com a utilização da pena privada, mas tão somente aqueles em que houvesse uma especial reprovabilidade na conduta do infrator, verificada, inicialmente, em violações às liberdades pessoais, na Inglaterra, e em danos infligidos de forma dolosa e maliciosa, nos Estados Unidos da América²⁰².

Cita-se, ainda, o entendimento de Pedro Ricardo e Serpa, o qual conclui que a comprovação de dano não é essencial à estipulação da pena privada nos sistemas de *common law*²⁰³, posicionamento com o qual não se concorda, contudo, haja vista que também no direito inglês e no direito americano, o dano é um elemento essencial da responsabilidade civil²⁰⁴,

¹⁹⁹ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 47.

²⁰⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003. p. 143-144.

²⁰¹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 57.

²⁰² SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 35.

²⁰³ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 61.

²⁰⁴ BELLI SENIOR, Melvin. Punitive damages: their history, their use and their worth in present-day society. *UMKC Law Review*, v. 49, n. 1, 1980. p. 9.

sendo tão somente dispensável a prova dos prejuízos nas hipóteses nomeadas de *nominal damages*²⁰⁵, a exemplo do que ocorre nos sistemas romano-germânicos com os danos *in re ipsa*.

Desta feita, são três os requisitos essenciais para a aplicação da indenização punitiva na tradição jurídica de *common law*: 1) prática de um ato ilícito, usualmente de natureza extracontratual, mas que pode ser contratual, caso seja constatada um grave abuso ou fraude; 2) seja especialmente reprovável a conduta do ofensor, não bastando a ilicitude de seu ato, mas sendo necessária, igualmente, a sua notável gravidade; 3) haja prejuízo à vítima, ainda que presumido.

Frisa-se, ademais, que os *exemplary damages* foram de grande importância para a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais. Com efeito, o direito inglês e americano não reconhecia, inicialmente, a possibilidade de reparação dos danos morais por meio dos *compensatory damages*, de modo que a indenização punitiva – apesar de também aplicável, nestes sistemas jurídicos, aos danos de natureza patrimonial – foi a alternativa para que as vítimas de ofensas unicamente imateriais não restassem desamparadas²⁰⁶, até que, em momento posterior, a indenização reparatória passou a abranger também os prejuízos imateriais²⁰⁷.

Explicadas brevemente as peculiaridades da indenização punitiva adotada modernamente nos países de tradição jurídica de *common law*, é possível se constatar que a evolução dessa espécie de sanção pecuniária, bem como as suas peculiaridades e critérios de aplicação, impõe uma cuidadosa análise, principalmente quando se pretende, como ocorre atualmente no Brasil, a sua importação para uma ordem legal distinta, pertencente a uma outra cultura jurídica.

Por fim, no que se refere à terminologia utilizada nos países de língua inglesa, bem como à sua tradução para o português, vale reiterar a advertência já apontada na introdução da presente obra, qual seja, a de que a expressão *damages*, utilizada no jargão jurídico, não assume o significado de “dano”, mas sim de sanção pecuniária do ato ilícito²⁰⁸, correspondendo, portanto, ao conceito de “indenização”. É mais preciso, portanto, referir-se aos *compensatory damages* e aos *punitive damages*, respectivamente, como “indenização reparatória” e “indenização punitiva”.

²⁰⁵ GARNER, Bryan. Op. cit. p. 396.

²⁰⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 37-38.

²⁰⁷ BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 56.

²⁰⁸ GARNER, Bryan. Op. cit. p. 393.

3.2 A recepção da indenização punitiva na doutrina e na jurisprudência brasileiras

Introduzidas brevemente as características e a evolução histórica dos *punitive damages* da tradição jurídica anglófona, volta-se a atenção à indenização punitiva no ordenamento jurídico pátrio, cuja construção, conforme já mencionado, colheu inspirações na disciplina que a matéria obteve no direito estrangeiro.

Nesse sentido, antes mesmo de se adentrar nas controvérsias existentes quanto à compatibilidade da indenização punitiva com o regramento atual da responsabilidade civil no direito brasileiro – estudo que será conduzido no próximo tópico –, será demonstrada qual a formulação doutrinária e jurisprudencial majoritária da temática, indagando-se se é possível afirmar, em primeiro lugar, que aquilo que se tem convencionado chamar no Brasil de indenização punitiva pode, efetivamente, receber tal alcunha.

Distinção fundamental entre a pena privada no direito brasileiro e os *punitive damages* do *common law* britânico e americano é o entendimento de que, na ordem jurídica pátria, a indenização punitiva seria aplicada exclusivamente nas hipóteses de danos morais, sendo incabível a sua utilização na sanção dos prejuízos de ordem material.

Quanto a isto, Caio Mário da Silva Pereira aponta que a indenização por danos morais – diferentemente daquela oriunda de danos materiais – tem que atender a uma dupla finalidade, qual seja, a punição do infrator, desestimulando assim a prática de novas ofensas, e a compensação da vítima pelo dano suportado, que faz jus a uma quantia suficiente à reparação pela lesão sofrida ao seu patrimônio jurídico²⁰⁹.

Critica-se tal explicação, pois, conforme já demonstrado, a distinção entre a indenização reparatória e a indenização punitiva é também de estrutura, e não meramente de finalidade, eis que as funções punitiva e preventiva estão também presentes na quantia destinada a ressarcir²¹⁰, caracterizando-se a indenização punitiva exatamente por se tratar de uma estrutura indenizatória independente da reparação, a qual pune o ofensor em quantia superior à necessária a reparar os danos sofridos, assim prevenindo novas atitudes semelhantes²¹¹.

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 322-324.

²¹⁰ DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 845.

²¹¹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 42.

Do mesmo modo, sustentando a aplicabilidade da indenização punitiva apenas às hipóteses de danos morais, tem-se, por exemplo, Sérgio Cavalieri Filho²¹², Rui Stoco²¹³, Carlos Alberto Bittar²¹⁴ e Antônio Jeová Santos²¹⁵.

É majoritária, igualmente, a posição jurisprudencial no sentido de que a indenização punitiva é cabível em resposta a prejuízos imateriais. À guisa de ilustração, veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO (...)

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

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

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. (...) (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997). (...) ²¹⁶

Nesse julgado, cujos posicionamentos não foram distintos daqueles que têm prevalecido no STJ ao longo dos anos²¹⁷, verifica-se que a indenização por dano moral assume tanto uma função compensatória quanto punitiva, havendo a limitação dos *punitive damages* tão somente

²¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p. 127.

²¹³ STOCO, RUI. Op. cit. p. 1926.

²¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 216.

²¹⁵ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit. p. 128.

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 210.101/PR**. Relator: MATHIAS, Carlos Fernando. Brasília, DF, 20 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=839838&num_registro=199900315197&data=20081209&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²¹⁷ Cf., por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 1.014.624/RJ**. Relator: GIUSTINA, Vasco Della. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=864160&num_registro=200702198107&data=20090320&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 467.193/RJ**. Relator: BENETI, Sidnei. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25034336/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-467193-rj-2014-0016316-6-stj>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

nos casos em que se constatar o enriquecimento sem causa da vítima, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se no julgado, ainda, outra importante particularidade da indenização punitiva, conforme formulada pela doutrina e jurisprudência predominantes no Brasil: a pena privada se constitui de critérios de quantificação da indenização, e não de estrutura indenizatória autônoma.

Ou seja, não se cogita de uma parcela separada da indenização reparatória, mas sim da mera utilização de critérios punitivos²¹⁸ – tais como a reprovabilidade da conduta e as condições pessoais da vítima e do ofendido²¹⁹ – na quantificação do valor devido, não havendo qualquer discriminação de qual seria a quantia fixada a título de compensação e qual seria a quantia fixada a título de punição.

Ao se analisar essas peculiaridades da indenização punitiva na ordem jurídica brasileira se comparada com o sistema de *common law*, verifica-se, em primeiro lugar, que a limitação da pena privada aos casos de danos morais não encontra nenhum paralelo com as previsões do direito inglês ou americano, pretéritas ou atuais, eis que estes ordenamentos sempre admitiram a aplicação da indenização punitiva tanto para ofensas ao patrimônio material quanto ao patrimônio imaterial das vítimas²²⁰.

Em verdade, a semelhança mais próxima à realidade brasileira está no fato de que, ao tempo do surgimento da indenização punitiva nos sistemas jurídicos inglês e americano, era esta a única possibilidade de ressarcimento da vítima nos casos de prejuízos extrapatrimoniais, em função do entendimento – hoje já superado – de que a lesão moral seria irreparável, podendo o ofensor ser tão somente punido²²¹.

Jamais se verificou nos sistemas de tradição jurídica de *common law*, todavia, o afastamento da pena privada nas hipóteses de danos de natureza patrimonial²²², como ocorre no Brasil atualmente.

Outra significativa distinção entre os *punitive damages* e a indenização punitiva brasileira é o fato de não haver, na ordem jurídica pátria, uma especificação de qual quantia é destinada à reparação do dano (indenização reparatória) e qual o valor destinado a punir o agressor (indenização punitiva).

²¹⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 14.

²¹⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit. p. 154.

²²⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 251-252.

²²¹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 37-38.

²²² SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 251-252.

Enquanto na Inglaterra e nos Estados Unidos há uma clara distinção estrutural entre os *compensatory damages*, de matiz predominantemente reparatória, e os *punitive damages*, de finalidade punitiva e preventiva²²³, no Brasil, pelo fato de a indenização punitiva se consubstanciar em meros critérios de quantificação da indenização, não se tem qualquer distinção entre aquilo que se destina a reparar a lesão sofrida pela vítima e aquilo que se destina a punir o agressor²²⁴.

Essa dessemelhança é especialmente importante por não se tratar de mera particularidade destas duas espécies de indenização, mas de fator importante à própria operacionalização de cada um deles.

Com efeito, uma das principais críticas à indenização punitiva, na forma que é aplicada atualmente no Brasil, é o prejuízo que ela representa à segurança jurídica e ao controle das decisões judiciais, ao impossibilitar que as partes saibam qual parcela da indenização é predominantemente reparatória e qual é precipuamente punitiva²²⁵.

Trata-se de constatação preocupante, pois, sem essa cisão, é inviável se discutir a insuficiência ou o excesso na quantificação, dificultando até mesmo a consolidação dos parâmetros judiciais utilizados em cada caso²²⁶.

É possível se cogitar, por exemplo, de duas violações ao direito de imagem de alguém cujas extensões e cujo grau de reprovabilidade da conduta do ofensor sejam distintos, hipóteses nas quais o *quantum* indenizatório total pode até ser igual, mas certamente a indenização reparatória e a indenização punitiva não deveriam ser. Em tais casos, caso não se distinga as parcelas, como se tem feito no Brasil, as partes não serão capazes de verificar se a quantificação ocorreu de modo adequado.

Diante dessas distinções fundamentais na operacionalização e na própria estrutura da pena privada no Brasil e nos ordenamentos de tradição jurídica de *common law*, além de outras, cuja natureza eminentemente cultural não demanda maior análise, como o arbitramento da indenização punitiva por jurados²²⁷, não é difícil se chegar à conclusão de que a suposta influência dos *punitive damages* na indenização punitiva brasileira é praticamente imperceptível.

²²³ SCHWARTZ, Gary. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, v. 56, 1982. p. 133.

²²⁴ SANTOS, Antônio Jeová. Op. cit. p. 154.

²²⁵ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 99.

²²⁶ Também apontando a problemática da utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, mas sem desenvolver a matéria, Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun, 2004. p. 73.

²²⁷ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 26

Ora, no Brasil, aquilo que se convencionou chamar de indenização punitiva tem seu âmbito de atuação limitado, sendo apenas aplicável em matéria de danos morais, não passando de critério de quantificação, não sendo nem mesmo independente estruturalmente da indenização reparatória.

É tão diferente dos *punitive damages* do direito anglófono, portanto, que é difícil até mesmo de se identificar onde colheu inspirações neste instituto – além da nomenclatura utilizada, é claro –.

Permanece o questionamento, entretanto: a indenização punitiva celebrada pela doutrina e pelos tribunais brasileiros, apesar de não guardar semelhança com os institutos do direito alienígena que supostamente inspiraram a sua construção, pode ser considerada, ela mesma, uma espécie, ainda que distinta, de pena privada?

Não nos parece que seja o caso.

Como já apontado anteriormente, em mais de uma oportunidade, a distinção entre a indenização reparatória e a indenização punitiva é igualmente estrutural, e não apenas funcional.

O que distingue ambas, com efeito, é o fato de que a estrutura da indenização reparatória é limitada em seu valor pela reparação do dano, punindo o ofensor e prevenindo os novos danos de forma meramente reflexa, ao passo que a indenização punitiva independe da reparação, punindo o ofensor em valor superior ao necessário a reparar os danos sofridos, assim coibindo novas agressões.

Há, portanto, distinção fundamental na função assumida por cada uma dessas estruturas, mas, antes de mais nada, é necessário se verificar a existência dessas estruturas autônomas, para que se possa falar de indenização reparatória e indenização punitiva.

Pois bem, ao se limitar a punição a meros critérios de quantificação, não se apontando a quantia destinada a reparar e a quantia destinada a punir, o que se verifica é a persistência da dependência estrutural da indenização punitiva em relação à indenização reparatória.

Não se nega, é claro, que a utilização de critérios de quantificação da indenização de natureza punitiva representa em si mesma uma ruptura com o sistema anterior, em que a quantificação respeitava apenas critérios reparatórios. Insuficiente, entretanto, para justificar a nomenclatura utilizada de “indenização punitiva”, por não representar a necessária independência estrutural entre a quantia destinada a reparar e a quantia destinada a punir.

Cumprе destacar, contudo, que também não é possível se afirmar a existência de uma indenização reparatória no âmbito da responsabilidade civil por danos morais, havendo, em verdade, uma estrutura indenizatória de natureza mista – não pelas finalidades assumidas, vale

ressaltar uma vez mais, mas pelo fato de ser quantificada, sem distinção estrutural, mediante critérios de natureza reparatória e punitiva –.

Sendo assim, conclui-se que a tão discutida indenização punitiva brasileira não faz jus a tal nomenclatura, não se adequando nem às características do instituto que supostamente a inspirou, nem aos requisitos essenciais para que pudesse ser tecnicamente considerada como tal.

Segue-se o estudo, todavia, a fim de determinar a compatibilidade da indenização punitiva – em sua definição técnica, de estrutura autônoma da reparação, quantificada em valor superior à mera reparação, e com finalidades exclusivamente punitivas e preventivas – com a ordem jurídica brasileira. Vale frisar, por oportuno, que as premissas e as conclusões dessa investigação são extensíveis ao debate acerca da utilização de critérios punitivos de quantificação da indenização, motivo pelo qual a obra mantém a sua relevância prática no tocante a isto.

3.3 A controvérsia acerca da aplicação das indenizações punitivas no Brasil

Consoante ao já exposto, não se pode admitir, seja em função de uma análise comparativa, seja à luz de uma análise estrutural da responsabilidade civil, que a mera utilização de critérios de quantificação de inspiração sancionatória seja tratada como indenização punitiva, como se tem feito no Brasil atualmente.

Apesar disso, tanto a indenização punitiva brasileira, nos termos em que é atecnicamente aceita pela doutrina e pelos tribunais pátrios, quanto uma possível formulação adequada, suscitam divergências teóricas, apontando parte dos estudiosos da temática que a ordem jurídica pátria não seria compatível, neste momento, com a indenização exclusivamente sancionatória no âmbito da responsabilidade civil.

Intentando reunir as principais críticas à indenização punitiva no Brasil, Arthur Nogueira Feijó organiza tal controvérsia nos seguintes pontos:

- a) incompatibilidade sistemática da ordem de punição com o Direito Civil pátrio; b) violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; c) repercussões socioeconômicas do fator punitivo; d) violação ao princípio do *ne bis in idem*; e) violação ao princípio da legalidade; f) dificuldades práticas na liquidação da punição²²⁸

²²⁸ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 99-100.

Verifica-se, contudo, que os debates acerca desta matéria giram em torno de três aspectos fundamentais: a violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a violação ao princípio do *ne bis in idem* e a violação ao princípio da legalidade, discussões que se desdobram nos demais pontos controversos apontados por este autor.

Deste modo, analisar-se-á, a seguir, os argumentos favoráveis e contrários às afirmações de que a indenização punitiva representa, na ordem jurídica pátria atual, violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, do *ne bis in idem* e da legalidade, sem olvidar os reflexos destas questões em outras matérias, tais como a incompatibilidade da punição com o direito civil, as repercussões socioeconômicas da punição e as dificuldades práticas apresentadas.

3.3.1 A discussão acerca da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa

Uma das principais preocupações referentes à incorporação dos *punitive damages* ao direito brasileiro é a de que ela permita o enriquecimento sem causa da vítima.

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência brasileira, apesar de reconhecer a utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, aponta expressamente que o *quantum* indenizatório encontra limite, nesses casos, na vedação ao enriquecimento sem causa²²⁹. Isto é: a condenação do agressor deve superar a mera reparação dos danos, mas não pode ser tão elevada a ponto de enriquecer a vítima.

Informando o que se entende por enriquecimento sem causa, Caio Mário da Silva Pereira aponta que a disciplina da vedação ao locupletamento remonta ao direito romano, havendo sido incorporada – ainda que de modo diferente – por todas as codificações civis de tradição romano-germânica²³⁰.

No Brasil, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa está positivado no Art. 884 do CC/02²³¹, sendo elevado a princípio geral do direito brasileiro, cujos efeitos se estendem a todas as relações de natureza obrigacional²³², e se devendo considerar ocorrido sempre que a

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 210.101/PR**. Relator: MATHIAS, Carlos Fernando. Brasília, DF, 20 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=839838&num_registro=199900315197&data=20081209&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 271.

²³¹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (...)

²³² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.100.

aquisição de valores padeça de causa jurídica eficiente que a justifique, seja no momento em que o beneficiário aufera o proveito, seja quando careça de causa para a retenção do que recebera anteriormente²³³.

Para Arthur Nogueira Feijó, a indenização punitiva estaria em desconforto com o preceito em comento, pois, ao se conceder ao ofendido uma quantia superior àquela necessária ao seu mero ressarcimento, estar-se-ia permitindo, em verdade, que ele enriquecesse sem qualquer causa jurídica que justificasse o valor auferido em excesso²³⁴.

Falta razão ao raciocínio em comento, por desconsiderar que a fonte do enriquecimento discutido é a atuação do Judiciário, o qual, ao determinar o pagamento de certa quantia pelo agressor – seja por meio de estruturas indenizatórias meramente reparatórias, seja também por estruturas indenizatórias punitivas, ou até por meio de indenizações de natureza mista, como ocorre atualmente no Brasil, nos casos de danos morais –, funciona como causa jurídica legitimadora da indenização auferida pela vítima, afastando, portanto, a ocorrência do enriquecimento sem causa²³⁵.

Não há que se falar, por conseguinte, de enriquecimento sem causa. O que se pode discutir, por outro lado, é se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, age de modo adequado o julgador que condena o ofensor ao pagamento também de indenização punitiva.

Ou seja, o que se pode discutir é se a pena privada pode ou não ser aplicada, mas, caso se conclua pela possibilidade, não há mais que se cogitar do enriquecimento sem causa da vítima, eis que, segundo Boris Starck, está legitimada a quantia auferida, em geral, pela base legal da indenização, e, em específico, pela atuação do Judiciário no caso concreto²³⁶.

Neste sentido, Arthur Nogueira Feijó aponta que é possível se visualizar outras hipóteses de sanção punitiva no direito civil brasileiro, sem que se afirme que elas implicam em enriquecimento sem causa da vítima²³⁷, citando como exemplo o Art. 940 do CC/02²³⁸ e o Art. 42, parágrafo único, do CDC²³⁹.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 275-276.

²³⁴ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 114.

²³⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 229-230.

²³⁶ STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en as double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947 apud DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 844.

²³⁷ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 115.

²³⁸ Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

²³⁹ Art. 42. (...)

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Deste modo, transfere-se o debate da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa à análise da compatibilidade da indenização punitiva com o direito brasileiro, isto é, da existência ou não de base legal para a pena privada.

Caso haja base legal para esta indenização, não há de se falar de enriquecimento sem causa, haja vista se tratar de parcela legitimada pela ordem jurídica; de outro modo, caso não haja base legal, há, de fato, enriquecimento sem causa, porém não pelo fato de a vítima receber quantia superior à mera reparação do dano, mas sim por receber valor que não está juridicamente justificado.

3.3.2 A discussão acerca da possível violação ao princípio do *ne bis in idem*

Afirma-se, igualmente, que a indenização punitiva seria incompatível com o direito brasileiro por representar violação ao princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual o indivíduo não pode ser punido mais de uma vez pela mesma conduta²⁴⁰.

Essa objeção se desdobra em duas situações distintas nas quais haveria dupla condenação: 1) nos casos em que, além da incidência da pena privada, o ilícito fosse também penalizado na via penal ou administrativa; e 2) nas hipóteses em que o ilícito atingisse várias vítimas, a indenização punitiva, em cada um dos casos, representaria a punição do ofensor várias vezes pelo mesmo fato²⁴¹.

Quanto à primeira situação, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que grande parte dos danos extrapatrimoniais em que a indenização punitiva é viável – na opinião da autora, casos em que houver especial reprovabilidade da conduta do ofensor, bem como grave dano aos direitos de personalidade da vítima²⁴² – são também punidos pelo direito penal, representando a indenização punitiva, nesses casos, dupla penalização do ofensor, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio pelo princípio do *ne bis in idem*²⁴³.

Em resposta a esta crítica, Arthur Nogueira Feijó ressalta que o direito brasileiro se pauta pela independência das instâncias cíveis, penais e administrativas, afirmando, com fulcro no Art. 935 do CC/02²⁴⁴, que é inteiramente cabível que o agressor seja sancionado pelo mesmo

²⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1. p. 184.

²⁴¹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 209-210.

²⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 77.

²⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 74.

²⁴⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

ilícito nestas diversas esferas, vedando-se tão somente a dupla penalização em cada uma delas²⁴⁵.

Não se vislumbra, de fato, qualquer violação ao princípio do *ne bis in idem* nessa situação específica. Conforme também explicado por Pedro Ricardo e Serpa e André Gustavo Corrêa de Andrade, é cediço que a cumulação de sanções punitivas é possível, desde que estas sejam impostas por instâncias distintas. Cita-se, como exemplo, a possibilidade de aquele que conduz veículo automotor sem possuir habilitação para tal ser punido por esse ato tanto na esfera penal, quanto na esfera administrativa²⁴⁶, por força dos Arts. 162 e 309 do CTB²⁴⁷.

Em verdade, discorda-se até mesmo da sugestão de que os valores pagos a título de multa, no processo penal, sejam abatidos da quantia devida a título de indenização punitiva²⁴⁸, por representar a compensação de quantias cuja natureza é distinta, porquanto oriundas de instâncias independentes.

A segunda situação problemática, qual seja, a aplicação de múltiplas indenizações punitivas por uma mesma conduta, quando fossem várias as vítimas do ilícito praticado, trata-se mais de equívoco na compreensão do que se entende por ilícito civil, bem como de dificuldade de operacionalização da indenização punitiva, que, propriamente, de questão afeita à possível dupla condenação do ofensor.

O equívoco está na compreensão de que uma única conduta que viola o patrimônio jurídico de várias vítimas representa, necessariamente, um único ilícito²⁴⁹.

Pelo contrário, no caso, por exemplo, de uma conduta única de um agressor provocar danos em várias vítimas, tem-se vários ilícitos – tanto civis quanto penais, vale ressaltar, caso seja o caso de conduta penalmente típica, em face da ocorrência de concurso formal de delitos²⁵⁰ –, de modo que é absolutamente justificada a aplicação de indenização punitiva em cada um dos ilícitos cometidos pelo agressor.

²⁴⁵ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 126-127.

²⁴⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 211; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 248.

²⁴⁷ Art. 162. Dirigir veículo:

I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo; (...)

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

²⁴⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 211; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 248.

²⁴⁹ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 127-128; SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 212; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 235.

²⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1. p. 791.

É clara a dificuldade de operacionalização da pena privada nessas hipóteses, entretanto, tendo em vista que, a depender da quantidade de vítimas que pleiteiem em juízo indenizações punitivas, é possível que o agressor seja condenado a quantias exorbitantes, excedendo as finalidades da pena privada de punição do ofensor e de prevenção de novos atos para a ruína financeira deste.

Todavia, esse problema, bem como as soluções propostas pela doutrina, tais como a utilização da quantidade de vítimas como critério de quantificação da indenização punitiva, ou a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização punitiva uma única vez por cada conduta, não são pertinentes a uma possível violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas sim a uma carência de regramento da matéria.

Com efeito, a problemática do concurso formal de crimes, a qual é semelhante à questão da aplicação de indenização punitiva ao agressor que, por meio de uma única conduta, pratica vários ilícitos, foi solucionada pelo legislador, por meio do Art. 70, do CPB²⁵¹, no que se refere à pena privativa de liberdade, e do Art. 72, do CPB²⁵², em se falando da pena de multa pecuniária.

Trata-se, portanto, de problema de operacionalização da indenização punitiva no direito brasileiro, ocasionada pela ausência de regramento legislativo da matéria, questão a seguir analisada.

3.3.3 A discussão acerca da possível violação ao princípio da legalidade

Das objeções ao cabimento da indenização punitiva no direito brasileiro que foram analisadas, tem-se que a mais contundente é a que afirma que a pena privada viola o princípio da legalidade, por carecer de previsão legal específica²⁵³.

Consoante à explicação de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da legalidade, consagrado no adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* – nenhum crime, nenhuma pena sem lei –, implica que nenhuma conduta pode ser considerada crime ou pode ensejar a aplicação de pena sem que antes haja determinação legal nesse sentido²⁵⁴.

²⁵¹ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (...)

²⁵² Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

²⁵³ Também entendendo ser essa a principal crítica ao instituto no Brasil, Cf. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 129.

²⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1. p. 50-51.

Esse princípio, insculpido no Art. 5º, XXXIX, da CF/88²⁵⁵, impõe que todas as penas sejam precedidas de cominação legal, sendo inviável, no entender de parte da doutrina, que seja facultado ao julgador aplicar, no caso concreto, pena privada que não tem qualquer previsão na legislação infraconstitucional²⁵⁶.

Em resposta às críticas de que a indenização punitiva representaria violação ao princípio da legalidade, tem-se, de um lado, juristas que discordam da afirmação de que a pena privada padece de fundamento legal no direito brasileiro, apontando para isso dispositivos normativos que permitiriam a sua aplicação²⁵⁷, e, de outro, doutrinadores que sustentam que não é necessária previsão legal específica para a aplicação da indenização punitiva²⁵⁸.

A primeira linha de argumentação – de que a indenização punitiva teria guarida em dispositivos legais –, aduzida, por exemplo, por Regina Beatriz Tavares da Silva, é no sentido de que o Art. 944, parágrafo único, do CC/02²⁵⁹, seria suficiente à aplicação genérica da indenização punitiva no direito brasileiro, afirmando a autora, vale ressaltar, que essa norma permitiria a pena privada também no âmbito da indenização por danos materiais²⁶⁰.

Isso porque o dispositivo em questão, ao permitir a redução equitativa da indenização, nos casos em que se verifique uma excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – isto é, quando o grau de culpa do ofensor for muito reduzido, em comparação a um expressivo prejuízo –, também possibilitaria, *contrario sensu*, a elevação da indenização, nas hipóteses em que o grau de culpa do agressor fosse muito elevado, em comparação a um reduzido prejuízo²⁶¹.

Verifica-se, no entanto, que o Art. 944, em seu caput, prevê que, via de regra, a indenização se mede pela extensão do dano, ou seja, a sua quantificação obedece a critérios reparatórios, e não punitivos, ao passo que o parágrafo único do dispositivo excepciona essa regra geral, prevendo a superveniência de critérios punitivos tão somente para reduzir a

²⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...)

²⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 73; FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 137; SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 215.

²⁵⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003. p. 265.

²⁵⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 238-239.

²⁵⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

²⁶⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. cit. p. 265.

²⁶¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Op. cit. p. 265.

indenização, em casos muito específicos, de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Equivocado o posicionamento mencionado, portanto, por pretender a interpretação extensiva de uma regra excepcional, aplicando-a à generalidade dos casos, contrariando o milenar brocardo de Paulo, *quod vero contra rationem, juris receptum est, non est producendum ad consequentias*²⁶² – o que é admitido contra as regras jurídicas gerais, não se estende às espécies congêneres –.

Com efeito, segundo explicação de Carlos Maximiliano, tem-se que as normas que preveem exceções se interpretam restritivamente, não se estendendo além dos casos expressamente designados²⁶³.

Essa regra de hermenêutica, outrora prevista expressamente no Art. 6º da Introdução do CC/16²⁶⁴, mantém-se aplicável por dizer respeito à própria manutenção da funcionalidade do sistema jurídico: ao se ampliar as hipóteses de aplicação das regras excepcionais, acaba-se por tornar a exceção em regra, e a regra em exceção, à revelia do texto legal, de acordo com a preferência do intérprete.

Deste modo, impossível se tomar como fundamento da indenização punitiva uma regra excepcional que, de modo oposto ao que pretendem alguns, estabelece uma possibilidade de redução, e não de majoração, das indenizações.

Já o segundo caminho argumentativo – de que a indenização punitiva não necessitaria uma previsão legal específica –, sustentado por André Gustavo Corrêa de Andrade, é no sentido de que a indenização punitiva, por possuir estrutura de condenação pecuniária, de modo semelhante à indenização reparatória, bem como por tutelar o princípio da dignidade pessoa humana, prevalecendo ao princípio da legalidade, não necessitaria de uma cominação legal prévia para ser aplicada²⁶⁵.

Não nos parece adequado, todavia, o posicionamento do autor.

Em primeiro lugar, a afirmação de que “a sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submete a todas as restrições feitas às demais sanções penais”²⁶⁶ não subsiste à própria análise da legislação penal brasileira, eis que, nesta seara, as multas pecuniárias também se

²⁶² Digesto, Livro 1, Trecho 3, Fragmento 14. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 183-184.

²⁶⁴ Art. 6. A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica.

²⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 238-239.

²⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 239.

submetem ao princípio da legalidade, prevendo especificamente o Art. 32 do CPB²⁶⁷ que uma das penas admitidas no direito brasileiro é a de multa.

Contribui para esse entendimento, vale destacar, a própria explicação do doutrinador, o qual, ao afirmar que “a condenação ao pagamento de uma indenização e a condenação ao pagamento de uma multa diferenciam-se pelos fundamentos e pela finalidade, mas não pela forma”²⁶⁸, explica exatamente o porquê de a pena privada também se submeter ao princípio da legalidade: independentemente da forma que a punição toma – seja privando a liberdade, restringindo direitos ou sancionando pecuniariamente – ela deve ser precedida por lei, pois a exigência de prévia cominação legal não é feita em específico a uma espécie de pena, mas sim a toda e qualquer forma de estrutura precipuamente punitiva.

Conforme já explicado anteriormente, a distinção da indenização reparatória da indenização punitiva é que, enquanto aquela é precipuamente ressarcitória, sendo quantificada em valor limitado ao prejuízo sofrido, de modo a punir o agressor e prevenir novos ilícitos de modo meramente reflexo, esta é nitidamente punitiva, sendo quantificada em valor superior ao necessário à reparação do dano, de modo a retribuir o mal causado pelo ofensor, e evitar que novas práticas semelhantes se repitam.

Tratam-se inegavelmente de duas estruturas indenizatórias – assim como a multa pecuniária do direito penal –, distanciando-se, contudo, pelas finalidades prevaletentes – uma é predominantemente reparatória, ao passo que a outra é punitiva –, e, conforme explica Pedro Ricardo e Serpa, o que distingue as sanções não é a forma por elas assumida, mas sim as suas finalidades²⁶⁹.

Ora, não se cogita de nenhuma pena no direito brasileiro, seja de natureza penal, seja de natureza privada ou até mesmo de natureza processual que não esteja prevista expressamente na lei, constatando-se, deste modo, a atenção do legislador ao princípio constitucional da legalidade²⁷⁰.

²⁶⁷ Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

²⁶⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 239.

²⁶⁹ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 220.

²⁷⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 220-221; FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit. p. 129.

Exemplificando o que se afirma, cita-se a pena de perda dos direitos hereditários daquele que sonega bens no curso do inventário, prevista no Art. 1.992 do CC/02²⁷¹, bem como a multa por litigância de má-fé, instituída no Art. 81 do CPC/15²⁷².

Equivocado, igualmente, o entendimento de que a prévia cominação legal seria desnecessária, pois o valor da indenização punitiva, assim como frequentemente ocorre nos casos de indenização reparatória, não seria previamente conhecido, dependendo de um juízo de proporcionalidade a ser realizado pelo magistrado²⁷³.

Com efeito, correta a afirmação de que a dificuldade de quantificação não é exclusiva da indenização por danos morais, e que, muito frequentemente, os prejuízos materiais são liquidados com fundamento em juízos de proporcionalidade, os quais os determinam por aproximação²⁷⁴.

Há confusão, no entanto, pelo fato de a discussão acerca do cabimento da pena privada não versar acerca da necessidade de quantificação da indenização por meio de um juízo de proporcionalidade, mas sim acerca das finalidades que orientam esse juízo.

O que se questiona, em verdade, é se o juiz só pode se prever uma indenização reparatória, cuja quantificação está adstrita à busca pela reparação dos prejuízos, ou se também pode prever indenização punitiva, por meio de parcela destinada a punir o agressor, orientadas pelas peculiaridades do caso concreto.

Deste modo, a necessidade de a indenização ser arbitrada por meio de aproximação, nos frequentes casos em que não puder ser quantificada de modo exato, não tem qualquer relação com a discussão acerca das estruturas indenizatórias cabíveis no direito brasileiro e com o método e critérios de quantificação a elas aplicáveis; e, no que tange a esta última discussão, o que se verifica é que a estrutura indenizatória de natureza punitiva, assim como as demais penas, deve ser estabelecida por lei para ser aplicável.

Já no que tange ao argumento de que a indenização punitiva deveria prevalecer, no que pese representar violação ao princípio da legalidade, por funcionar como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana, André Gustavo Corrêa de Andrade afirma que “há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através

²⁷¹ Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

²⁷² Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (...)

²⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 240.

²⁷⁴ Nesse sentido, Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit. p. 66; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit. p. 434-435.

da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e de terceiros”²⁷⁵.

O jurista cita casos em que seja vantajoso, economicamente ou segundo a apreciação subjetiva do agressor, a perpetuação da atuação ilícita, hipóteses nas quais, a seu ver, em não havendo a aplicação de indenização punitiva, os direitos da personalidade dos indivíduos restarão desamparados, violando-se, assim, o imperativo constitucional de tutela da dignidade humana²⁷⁶.

No entanto, o posicionamento em comento é impreciso, faltando com a técnica jurídica em diversos pontos.

Em primeiro lugar, o juízo de ponderação supostamente realizado é falho, ao ser realizado em total contrariedade às lições do próprio autor citado – Robert Alexy –, eis que fora conduzido em abstrato, ao passo que os princípios só podem ser ponderados diante de um caso concreto, no qual a sua dimensão de peso possa ser aferida²⁷⁷.

Em segundo lugar, como também nota Pedro Ricardo e Serpa, ignora-se completamente que o princípio da legalidade tem como fundamento, do mesmo modo, a proteção à dignidade da pessoa humana, protegendo o indivíduo de sanções arbitrárias, que não tenham sido legalmente cominadas²⁷⁸.

Em terceiro lugar, a argumentação de que a indenização punitiva é necessária à melhor tutela dos direitos da personalidade, independentemente de ser ou não acertada, é insuficiente à superação do obstáculo representado pela ausência de base legal dessa espécie de indenização, servindo tão somente como sugestão ao legislador, este sim, constitucionalmente competente para incorporar esse instrumento de tutela da dignidade humana à ordem pátria por meio do processo legislativo.

Por fim, a afirmação de que a tutela da dignidade humana é inviabilizada pela ausência de uma indenização punitiva no direito brasileiro afronta a própria evolução histórica da responsabilidade civil, cuja análise, realizada anteriormente, permite concluir que a proteção às vítimas e a humanização do instituto, com fulcro na solidariedade social, está diretamente relacionada à derrocada de seu caráter punitivo, com a subsequente ascensão do caráter reparatório que é até hoje predominante.

²⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit. p. 245.

²⁷⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94

²⁷⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. p. 223-224.

Em verdade, os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica têm caminhado historicamente em direção à mitigação do caráter punitivistas da responsabilidade civil, privilegiando-se a reparação crescente dos anos.

Trata-se, conforme já se afirmou anteriormente, de uma prevalência da solidariedade social como fundamento do instituto, em detrimento da moralidade privada que inspirava a clássica teoria da culpa e hoje inspira os anseios de indenização punitiva.

Estando claramente identificado o rumo em que o direito civil brasileiro vem caminhando ao longo da história, cumpre destacar a concepção de direito como integridade elaborada por Ronald Dworkin, o qual explica o direito comparando-o com um “romance em cadeia”, em que os juristas – tal como romancistas encarregados de escrever uma obra coletivamente –, devem interpretar os capítulos já escritos para, em seguida, escrever os novos capítulos, objetivando sempre manter a integridade da narrativa, como se esta fosse escrita por um único autor²⁷⁹.

Deste modo, é absolutamente incabível que a doutrina ou a jurisprudência pretendam, subitamente, proceder com uma mudança completa nos rumos que a responsabilidade civil vinha tomando, resgatando uma pena privada aplicável à generalidade dos casos a qual estava proscrita há milênios, com fulcro em um fundamento individualista cujo último pilar – a teoria da culpa – estava em derrocada desde a ascensão da responsabilidade objetiva.

Não se nega, vale destacar, que é viável a instituição da indenização punitiva no Brasil, mas se entende que uma alteração de tamanha importância no instituto da responsabilidade civil, contrária aos próprios caminhos que os sistemas jurídicos romano-germânicos vêm percorrendo, não pode ser instituída por mera construção jurisprudencial, demandando amplo debate que culmine no exercício da atividade legislativa²⁸⁰.

Essa discussão, acerca da conveniência da incorporação dos *punitive damages* ao direito brasileiro e de sua ideal operacionalização, escapa, entretanto, aos objetivos do presente trabalho.

Diante do exposto, há de se concluir que o argumento vago e impreciso de que a indenização punitiva tutela a dignidade da pessoa humana não é capaz de afastar a clara violação representada à ordem jurídica instituída atualmente no Brasil.

Com efeito, tanto uma estrutura indenizatória autônoma cuja natureza seja punitiva, quanto a utilização de critérios de quantificação de inspiração punitiva, são absolutamente

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

²⁸⁰ Nesse sentido, existem dois projetos de lei que tratam da matéria no Brasil atualmente, quais sejam, o PL nº 699/2011 e o PL nº 3880/2012.

incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, por representarem a aplicação de penas sem a cominação legal necessária.

Imperioso, portanto, que a indenização punitiva, caso desejável, seja incorporada à ordem jurídica pátria por meio de alteração legislativa, a qual a operacionalize, permitindo um mais seguro e técnico manejo das penas privadas no direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir o que segue:

1. Na antiguidade, não havia distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, e a resposta social aos danos era a vingança coletiva, havendo a punição de todo o grupo do agressor por parte do grupo da vítima;

2. A evolução da noção de responsabilidade resultou na individualização das punições, de modo que a vingança coletiva foi substituída gradualmente pela vingança privada – ao invés de se punir todo o grupo do agressor, apenas este sofria a punição –, processo que já se verificava nas legislações dos povos mesopotâmicos;

3. Em Roma, não se verifica historicamente a existência de uma vingança coletiva, constatando-se, todavia, a prevalência da vingança privada por muito tempo;

4. Foi no direito romano que se concretizaram alguns dos principais marcos evolutivos da responsabilidade civil durante a história, dentre os quais a independência do instituto, pela divisão entre os delitos públicos e civis, a ascensão da culpa como fonte da responsabilidade civil, por força da *Lex Aquilia*, e a derrocada da pena privada, fixada em valores fixos, sem correspondência com os prejuízos sofridos, substituída pela indenização reparatória;

5. No direito medieval, o elemento culpa ganhou protagonismo, sofrendo influência da doutrina cristã para se tornar verdadeira marca de moralidade, com viés claramente punitivo, de reprovação da conduta pecaminosa;

6. A culpa como fundamento da responsabilidade civil sofreu derrocada apenas em meados do Século XIX, quando, em face da multiplicação dos danos ocasionada pela Revolução Industrial e da dificuldade de comprovação da culpa, verificou-se uma epidemia de prejuízos irreparados;

7. A ascensão da responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco, desenvolvida sobretudo por Saleilles e Josserand, representou a valorização da solidariedade social no âmbito da responsabilidade civil, concedendo-se mais importância à reparação dos danos que à comprovação de que o responsável agira de modo reprovável – há, portanto, privilégio da solidariedade social em desfavor da moral privada individualista –;

8. No Brasil, a responsabilidade civil se desenvolveu, igualmente, no sentido de gradualmente reduzir o seu caráter punitivista em favor de uma maior reparação dos danos, movimento identificado, por exemplo, na positivação de uma clausura geral de responsabilidade objetiva no CC/02 e no estabelecimento da plena reparabilidade dos danos exclusivamente morais;

9. Constata-se que, ao longo da história, o instituto da responsabilidade civil vem, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, preterindo a moralidade privada e as suas implicações punitivistas em favor da solidariedade social e do intuito de reparar plenamente os danos sofridos, retornando-se as partes envolvidas no evento danoso à situação anterior;

10. Entendida a função de um instituto como o conjunto de exigências performativas resultantes de um sistema, seja para os seus elementos, para que se caracterizem como tal, seja para o próprio sistema, garantindo a sua identidade, verifica-se que é possível se considerar como funções da responsabilidade civil a reparação do dano sofrido, a punição do agressor e a prevenção de novas condutas semelhantes;

11. A função reparatória da responsabilidade civil tem sido prevalecente, sobretudo diante da derrocada da pena privada no direito romano e da crescente superação da culpa enquanto fonte do instituto em análise, estando consubstanciada no princípio da reparação integral, segundo o qual a indenização não pode corresponder nem a valor inferior nem a valor superior ao dano, estando vinculada à sua exata medida;

12. O princípio da reparação integral também é aplicável à indenização por danos morais. A impossibilidade de quantificar com exatidão o prejuízo extrapatrimonial sofrido não impede a predominância da função reparatória, pois o comando de reparação integral impõe tão somente que a quantificação da indenização seja realizada em atenção a um juízo de proporcionalidade que leve em conta a extensão do dano, sendo inviável, até mesmo nos casos de danos materiais, que a indenização corresponda com exatidão ao dano sofrido;

13. A função punitiva da responsabilidade civil tem sido, ao longo dos últimos séculos, coadjuvante da função reparatória, sendo inegável, todavia, a sua subsistência no instituto, verificando a sua aplicação no direito brasileiro, por exemplo, tanto em hipóteses nas quais é autonomamente prevista, como no caso da cláusula penal, quanto de modo reflexo, nas indenizações reparatórias;

14. O debate acerca da função punitiva não versa sobre a sua existência, sempre constatada nas indenizações, ainda que de modo acessório, mas sim no que se refere à sua autonomia estrutural. Isto é, a controvérsia discutida é a possibilidade ou não de uma estrutura indenizatória punitiva autônoma, a qual não tenha função reparatória ou seja quantificada em atenção ao dano sofrido pela vítima, mas sim em função da reprovabilidade da conduta do agressor;

15. É equivocado tratar indiscriminadamente a função punitiva e a função preventiva da responsabilidade civil, eis que, conforme afirmado, não se pode confundir a finalidade do instituto e a estrutura pelo qual é concretizado, isto é, o fato de não se cogitar atualmente de

uma estrutura indenizatória preventiva autônoma não é argumento suficiente a desconsiderar a existência da função preventiva;

16. A função preventiva da responsabilidade civil também tem sido historicamente preterida em face da função reparatória do instituto, ressaltando-se que a indenização punitiva representa uma estrutura indenizatória autônoma que assume tanto função punitiva quanto função preventiva;

17. Os *punitive damages* do sistema jurídico de *common law* encontram antecedente histórico nas chamadas *amercements*, as quais assumiam natureza mista, de direito penal e civil, e que entraram em derrocada a partir do momento em que houve a cisão das instâncias criminais e cíveis na Inglaterra;

18. Foi no caso *Huckle v. Money*, em que um mensageiro do rei invadiu a residência de um indivíduo e o manteve em cárcere privado, que houve no direito inglês o precedente que estabeleceu os *punitive damages*, eis que, em face da especial reprovabilidade da conduta do agressor no caso concreto, seria necessária uma indenização que, excedendo a mera reparação, efetivamente punisse o ofensor;

19. Constatou-se que, no direito anglófono, são requisitos da aplicação dos *punitive damages* a prática de um ato ilícito, usualmente de natureza extracontratual, mas que pode ser contratual, caso ocorra um grave abuso ou fraude; a especial reprovabilidade da conduta do ofensor, não bastando a ilicitude de seu ato, mas sendo necessária, igualmente, a sua notável gravidade; e a ocorrência de prejuízo à vítima, ainda que presumido;

20. A indenização punitiva tem sido aceita pela doutrina e jurisprudência majoritárias, havendo diversos julgados no sentido de que, nos casos de violação extrapatrimonial, é cabível a aplicação da pena privada, limitando-se tal quantia tão somente na vedação ao enriquecimento sem causa da vítima;

21. Apesar de supostamente ter sido influenciada pelos *punitive damages*, a indenização punitiva brasileira guarda várias distinções com o instituto da tradição jurídica de *common law*, dentre os quais a aplicabilidade restrita aos casos de danos morais, que não encontra paralelo no direito inglês ou no direito americano, e o fato de que a pena privada, no Brasil, não passa de critérios de quantificação da indenização, não consistindo, portanto, de estrutura indenizatória autônoma;

22. Não pode ser considerada nem mesmo espécie de indenização punitiva aquilo que se convencionou chamar, no Brasil, como tal, eis que a mera previsão de critérios punitivistas, sem que haja discriminação das quantias devidas a título de indenização reparatória e a título de indenização punitiva, além de representar fator de insegurança às partes e impossibilitar o

controle das indenizações arbitradas judicialmente, representa a ausência de autonomia estrutural da função punitiva, que é essencial para que se considere haver indenização punitiva;

23. Independentemente da existência ou não, no direito brasileiro atual, de uma indenização punitiva conforme sua definição técnica, são várias as críticas à aplicabilidade da pena privada no ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de debate que merece a atenção da doutrina, e que se desenvolve em torno de três principais críticas, quais sejam, a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio do *ne bis in idem*; e a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio da legalidade;

24. No que se refere ao argumento de que a indenização punitiva violaria o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, parte da doutrina afirma que, ao se conceder à vítima quantia superior à necessária à reparação do dano sofrido, ter-se-ia o seu enriquecimento sem causa, por inexistir causa jurídica eficiente a explicar o valor concedido em excesso. Falta razão, no entanto, a esse tipo de alegação, pois a causa jurídica a explicar o enriquecimento da vítima, nesse caso, seria, em específico, a atuação do Judiciário, e, no geral, a base legal na qual a indenização punitiva se sustentaria, deslocando-se a discussão, portanto à possível violação ao princípio da legalidade;

25. A posição de que a indenização punitiva representaria violação ao princípio do *ne bis in idem*, por outro lado, desdobra-se em duas linhas: em primeiro lugar, haveria dupla condenação quando a punição na esfera cível se somasse a outra sanção de natureza administrativa ou penal; em segundo lugar, haveria dupla condenação quando uma única conduta vitimasse vários indivíduos, sendo o ofensor então condenado múltiplas vezes pelo mesmo ato. Não se vislumbra a violação ao princípio do *ne bis in idem*, porque há no direito brasileiro independência entre as instâncias cíveis, penais e administrativas, sendo possível a acumulação de sanções nestas searas sem que haja a dupla condenação. Além disso, o agressor que, por uma única conduta, viola o patrimônio jurídico de vários indivíduos, pratica não só um, mas vários ilícitos, devendo ser sancionado em cada um dos casos, a exemplo do que ocorre na seara penal, no concurso formal de delitos, sendo necessário se discutir tão somente os critérios de punição nesses casos, discussão que não é pertinente à vedação à dupla condenação, mas às dificuldades de operacionalização da indenização punitiva por ausência de base legal;

26. Por fim, no que se refere à possível violação ao princípio da legalidade, tem-se entendimento no sentido de que, tratando-se a indenização punitiva, por definição, de uma pena, está ela submetida ao imperativo de que sua instituição ocorra pela via legal, o que não ocorreu no caso brasileiro, inexistindo base legal para a pena privada no Brasil;

27. Pretendendo refutar tal argumento, tem-se posições doutrinárias tanto no sentido de que há base legal, no direito brasileiro, para a indenização punitiva, quanto no sentido de que o princípio da legalidade não se aplicaria à pena privada, seja por assumir estrutura de sanção pecuniária, seja por tutelar a dignidade da pessoa humana e, assim, prevalecer em detrimento do princípio da legalidade.

28. Não se entende correto o argumento de que haveria base legal para a indenização punitiva no direito brasileiro, pois o dispositivo suscitado para tal, o Art. 944, parágrafo único, do CC/02, prevê hipótese excepcional de redução da indenização quando houver disparidade entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano, não podendo haver a extensão das hipóteses de aplicação dessa regra, como pretende parte da doutrina, por se tratar de regra excepcional, que se interpreta restritivamente;

29. Não se entende corretos, igualmente, os argumentos que pretendem excepcionar a indenização punitiva do princípio da legalidade, pois o fato de ela assumir estrutura de sanção pecuniária não altera a sua natureza punitiva, que impõe, a exemplo do que ocorre nas multas penais e nas demais penas (processuais ou privadas, por exemplo), a prévia cominação legal, além de ignorar que também o princípio da legalidade tem fundamento na dignidade da pessoa humana, bem como que a competência para instituir instrumentos jurídicos, alterando os próprios rumos históricos seguidos pela responsabilidade civil no direito brasileiro, é do legislador.

30. Entende-se, portanto, que tanto uma estrutura indenizatória autônoma cuja natureza seja punitiva, quanto a utilização de critérios de quantificação de inspiração punitiva, são absolutamente incompatíveis, neste momento, com o ordenamento jurídico brasileiro, por representarem a aplicação de penas sem a cominação legal necessária, devendo haver a incorporação do instrumento jurídico analisado à ordem jurídica pátria, caso se entenda desejável, por meio de alteração legislativa, a qual deverá operacionalizar a indenização punitiva, permitindo um mais seguro e técnico manejo das penas privadas no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. **Nuevo tratado de la responsabilidad civil**. Lima: El Jurista Editores, 2006.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003).
- BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.
- BELLI SENIOR, Melvin. Punitive damages: their history, their use and their worth in present-day society. **UMKC Law Review**, v. 49, n. 1, 1980.
- BENJAMIN, Antônio Herman. A responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 75 – 136, jan./mar., 1998. Disponível em: <<https://xa.yimg.com/kq/groups/24983346/903429941/name/Responsabilidade+civil+pelo+dano+ambiental+-+Antonio+Herman+V.+Benjamin.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 1. ed. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.
- _____. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1941, v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- _____. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 210.101/PR**. Relator: MATHIAS, Carlos Fernando. Brasília, DF, 20 de novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=839838&num_registro=199900315197&data=20081209&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2016.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica – limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** Coimbra: Editoria Coimbra, 2008, v. 3.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CORREIA, Atalá. O risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.** São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. **Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à idealização de uma causa geral de multa civil.** Fortaleza: DIN.CE, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARNER, Bryan. **Black's law dictionary.** 7. ed. St. Paul: West Group, 1999.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **Função punitiva da responsabilidade civil.** 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Roberta Correa. **Limites à indenização punitiva.** 127 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2012.

GRIVOT, Débora. Limites ao valor da indenização. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.** São Paulo: Atlas, 2011.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUGUENEY, Louis. **La peine privée en droit actuel: quelques observations de droit maritime, de droit international, et de droit civil comparé.** Paris: LGDJ, 1996.

KRUMMENAUER, Maria Carolina. 2015. **Punitive damages na sociedade de hiperconsumo.** 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015.

- LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun, 2004.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Forense: 1996.
- _____. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.
- _____. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 3.
- _____. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 2.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: _____; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCAFF, Fernando Campos; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Da culpa ao risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWARTZ, Gary. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. **Southern California Law Review**, v. 56, 1982. p. 133.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 3. ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano: redução equitativa da indenização. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURI, Thaís. **A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro**. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2006.

ZITZER, Kurt. Punitive damages: a cat's clavicle in modern civil law. **The John Marshall Law Review**, v. 22, n. 3, p. 657-684, mar./jun., 1989.