

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruno Magierski Born da Costa

A APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Porto Alegre

2023

Bruno Magierski Born da Costa

A APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos.

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na Publicação

Costa, Bruno Magierski Born da
A APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL
/ Bruno Magierski Born da Costa. -- 2023.
91 f.
Orientador: Marco Fridolin Sommer Santos.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Indenização punitiva. 2. Responsabilidade civil.
3. Dano moral. I. Santos, Marco Fridolin Sommer,
orient. II. Título.

Bruno Magierski Born da Costa

A APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos.

Aprovado em 12 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos
Orientador

Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto

Dr. Glauto Lisboa Melo Jr.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer, primeiramente, ao meu orientador, o Professor e Doutor Marco Fridolin Sommer Santos, pelos seus ensinamentos e direção que providenciou durante a confecção desta monografia.

Gostaria também de agradecer aos meus pais, Cezar e Maria Angela, por todo o apoio que me deram, sem o qual este trabalho não seria possível.

Estendo esses agradecimentos à Maria Eduarda, que também muito me apoiou nesta jornada.

Por fim, gostaria sobretudo de agradecer ao Senhor, sem o qual, nada é possível.

RESUMO

A indenização punitiva é uma inovação polêmica introduzida no direito brasileiro sem previsão legal, além de constituir uma figura intermediária entre a responsabilidade civil e o direito penal. O presente trabalho busca analisar sua viabilidade jurídica a fim de determinar se ela é aplicável ou não no Brasil dada a maneira como seu ordenamento atualmente se apresenta. Para atingir tal objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica acerca do tema tanto na literatura nacional quanto estrangeira, seguida de uma análise da questão usando o método dedutivo. Durante o desenvolvimento, foram abordadas questões como a dinâmica dos *punitive damages* no *Common Law*, as funções da responsabilidade civil e a quantificação do dano moral. A conclusão foi que a indenização punitiva não é aplicável no Brasil por ser ela uma inovação indevida que distorce os propósitos da responsabilidade civil, além de gerar enriquecimento sem causa e violar o princípio da legalidade penal presente na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: indenização punitiva; responsabilidade civil; dano moral.

ABSTRACT

Punitive damages are a polemic innovation introduced into Brazilian law without legal provision, as well as constitute an intermediate figure between tort law and criminal law. This work seeks to analyze its legal viability in order to determine whether it is applicable or not in Brazil given the way its legal system currently presents itself. To achieve this objective, a bibliographic research on the topic was conducted in both national and foreign literature, followed by an analysis of the issue using the deductive method. During the development, issues such as the dynamics of punitive damages in Common Law, the functions of tort law and the quantification of non-pecuniary damages were addressed. The conclusion was that punitive damages are not applicable in Brazil because they are an unwarranted innovation that distorts the purposes of tort law, as well as generates unjust enrichment and violates the principle of penal legality present in the Federal Constitution of 1988.

Key-words: *punitive damages; tort law; non-pecuniary damages.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. INDENIZAÇÃO PUNITIVA - DO <i>COMMON LAW</i> AO BRASIL.....	15
2.1 Os <i>punitive damages</i> no <i>Common Law</i>	16
2.2 Indenização punitiva no Brasil e a indenização por danos morais.....	23
2.3 Considerações sobre as funções e quantificação da indenização punitiva.....	29
3. ANÁLISE DA ESTRUTURA E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	36
3.1 Da função reparatória da responsabilidade civil.....	37
3.2 Crítica à inserção de prestações de caráter punitivo no âmbito da indenização por danos morais.....	44
3.3 Considerações sobre a eficácia punitiva da tutela reparatória.....	50
4. A RECEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	57
4.1 O problema da legalidade.....	58
4.2 O problema do enriquecimento sem causa.....	65
4.3 Breves considerações sobre a função da eliminação dos lucros ilícitos.....	71
5. CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS.....	89

1. INTRODUÇÃO

A evolução da responsabilidade civil foi marcada pela sua progressiva separação do direito penal. Com efeito, em um primeiro momento histórico imperou a retaliação, inicialmente por meio da vingança privada e, posteriormente, quando os antigos legisladores tomaram por bem regular a maneira como aquela seria exercida, por meio da regra do Talião.¹ Esta, que se fez presente na legislação de diversos povos da antiguidade, buscou estabelecer uma relação de proporção entre o mal causado e o mal retribuído.²

Mais adiante, já no direito romano, sucedeu-se a fase da composição, onde o ofendido, ao invés da vingança, buscava uma contraprestação - a *poena* - do ofensor em troca de seu perdão.³ Remédio suficiente para lidar com ofensas de cunho privado, existiam ainda aquelas que perturbavam a paz social como um todo; nasce, desse modo, a clássica distinção entre delito privado, sujeito a composição entre particulares, e o delito público, mais sério e merecedor de uma resposta estatal proporcionalmente mais grave a fim de preservar a ordem social.⁴

Foi assim que, conforme José de Aguiar Dias, a “responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.”⁵ Os romanos, no entanto, nunca chegaram a efetivamente conhecer a distinção entre a pena e a reparação propriamente dita.⁶ Ainda sim, no entanto, é possível sentir as reverberações de tal desenvolvimento primordial até hoje.

Em linhas gerais, portanto, atualmente identifica-se de um lado o direito penal, ramo do direito público, que mediante tipificação prévia de condutas consideradas especialmente graves pelo legislador, busca punir o criminoso.⁷ De outro, temos então a responsabilidade civil, ramo do direito privado e de caráter mais abrangente, voltada à reparação dos danos sofridos injustamente.⁸

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 17.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualização por Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3-4.

³ DIAS, *op. cit.* p. 17-18.

⁴ *Ibidem.* p. 18.

⁵ *Ibidem.* p. 18.

⁶ PEREIRA, *op. cit.* p. 5.

⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 346-347.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 31-33.

Em que pese tal distinção básica, fruto de um processo histórico, ocorre que mesmo hoje não há uma separação absoluta entre essas duas áreas, ou aspectos, do direito. Sérgio Severo comenta, nesse sentido, que a responsabilidade civil busca, antes de tudo, “a *reparação*, porém, secundariamente, ela assume uma função de *prevenção*. Por sua vez, a responsabilidade penal, cuja finalidade é a *prevenção*, também vem assumindo uma função secundária voltada para a *reparação*.”⁹

É possível falar, nesse contexto, sobre as penas privadas, ou mais especificamente, sobre a indenização punitiva, que ao invés de ressarcir o dano, como faria a indenização reparatória, busca punir o infrator que o causou. No ocidente é possível traçar suas origens até o sistema *Common Law*,¹⁰ onde é denominada usualmente como *punitive damages* ou *exemplary damages*.¹¹ Com longa história e desenvolvimento, os primeiros casos envolvendo *punitive damages* ocorreram já no séc. XVIII, sendo esta, atualmente, figura típica da tal família jurídica.¹²

Na família do Direito Continental, ou Romanística, por sua vez, operou-se um processo oposto, onde verificou-se uma decadência generalizada das penas privadas, começando na baixa idade média e indo até o séc. XIX.¹³ Do séc. XX em diante, porém, operou-se um verdadeiro renascimento destas em diversos países do sistema Continental como a Itália, França e Alemanha.¹⁴

É possível observar algo similar ocorrendo no Brasil, onde debate-se constantemente a questão da função punitiva da responsabilidade civil. Aqui, essa discussão, em maior parte, centra-se no tema do dano moral, ou extrapatrimonial (termos utilizados como sinônimos daqui em diante). A controvérsia é, em síntese,

⁹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187.

¹⁰ Característico dos povos anglo-saxões, o sistema *Common Law* é marcado pelo maior protagonismo dos precedentes na construção do direito. Contrasta-se este como a família Romanística, ou Continental, em que a principal fonte do direito é o processo legislativo, sendo a atividade do juiz voltada principalmente para a interpretação da lei. Sobre o assunto, ver: REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141-143.

¹¹ “*Exemplary damages*” é um termo mais comum no jargão jurídico inglês. Portanto, será utilizado para referir-se à indenização punitiva no contexto da Inglaterra. Nas demais situações, como quando for necessário se referir ao direito norte-americano, ou sobre o *Common Law* como um todo, será utilizado apenas “*punitive damages*.” Sobre a questão, ver: DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 95.

¹² *Ibidem*. p. 11 *et seq.*

¹³ *Ibidem*. p. 136 *et seq.*

¹⁴ *Ibidem*. p. 155 *et seq.*

se a indenização por danos morais possui um caráter punitivo além de puramente reparatório, isto é, se ela deve servir como punição do infrator ao mesmo tempo que compensa os prejuízos da vítima.

É possível encontrar em nossa doutrina defensores de teses de ambos os lados. Maria Celina Bodin de Moraes, por exemplo, identifica autores como Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavaliere Filho e Sérgio Severo como favoráveis à tese punitiva e José de Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes como contrários.¹⁵ A própria autora, por sua vez, encontra-se neste último campo, admitindo o caráter punitivo da responsabilidade civil apenas em situações excepcionais.¹⁶

Há também autores que defendem que a indenização punitiva deve ser aplicada não só em casos envolvendo danos morais, mas também naqueles que envolvam tão somente danos de cunho patrimonial. É possível destacar, entre estes, Nelson Rosenvald¹⁷ e Ricardo Dal Pizzol.¹⁸

Evidente, portanto, diante da multiplicidade de posicionamentos acerca do tema, que trata-se de questão controvertida em nosso direito. Justifica-se, assim, uma investigação do assunto com o intuito de oferecer uma resposta à polêmica posta. Mais do que isto, justifica-se também o estudo da controvérsia pois ela engloba outros temas importantes, como será melhor demonstrado ao longo do trabalho. Estes incluem a carência de previsão legal da indenização punitiva, a distorção da função reparatória da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa que pode resultar de sua aplicação e a questão do princípio da legalidade penal. Esta última, inclusive, traz repercussão constitucional ao tema em virtude do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹⁹

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 218.

¹⁶ *Ibidem*. p. 258 et seq.

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁸ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

¹⁹ “Art. 5º: [...]”

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

De qualquer maneira, por tratar-se de assunto vasto, que admite abordagens de todos os tipos, cabe limitar o escopo do presente trabalho à uma pergunta fundamental: a indenização punitiva é aplicável no Brasil, dada a maneira como seu ordenamento jurídico atualmente se configura? Ao nosso ver, esse questionamento precede todos os outros, uma vez que trata da própria admissibilidade de tal forma de sanção em nosso País.

É necessário, agora, qualificar um pouco essa pergunta, delimitando melhor seus contornos. Nota-se, primeiramente, que é uma pergunta sobre a viabilidade jurídica da indenização punitiva. Não se trata, portanto, de um estudo sobre se é desejável sua introdução em nosso ordenamento, ou mesmo, acerca de sua capacidade de atingir os fins que lhe são atribuídos.

Nota-se também que se optou por destacar que a pergunta proposta pertine apenas à maneira como nosso ordenamento atualmente se apresenta. Isso se deve ao fato de que o direito, por natureza, é mutável, sendo que eventual alteração legislativa acerca do assunto pode alterar a resposta promovida. Desse modo, embora tal possibilidade seja tangenciada ao longo da presente monografia, destaca-se que esta busca, antes de tudo, analisar o ordenamento brasileiro tal como ele atualmente se encontra e não oferecer alguma prescrição de como o legislador deverá tratar do assunto, caso um dia o faça.

Formulou-se, com base em uma pesquisa preliminar do tema, a hipótese de que a indenização punitiva não é aplicável no Brasil, dada sua atual legislação. Essa hipótese será defendida ao longo deste trabalho com base na noção de que a indenização punitiva não encontra aderência na legislação e desvirtua os propósitos da responsabilidade civil. Além disso, será abordado como sua aplicação também acaba por gerar um enriquecimento sem causa da vítima e violar o princípio constitucional da legalidade penal.

Para responder o questionamento proposto, bem como testar a hipótese acima exposta, optou-se pela utilização de um método dedutivo e de caráter dogmático. Este, por sua vez, foi executado com base em uma pesquisa bibliográfica e na leitura e análise da legislação pertinente ao tema.

Acerca da bibliografia, a fim de construir uma base teórica forte para a presente análise, foi consultada a literatura nacional relacionada à questão com o

intuito de identificar, sobretudo, os principais argumentos favoráveis à aplicabilidade da indenização punitiva. Cabe esclarecer, no entanto, que embora se tenha optado por focar os estudos da questão na doutrina brasileira, foram feitas pontuais referências à doutrina estrangeira em pontos em que se julgou pertinente.

Procurou-se também fazer alguns estudos direcionados a compreender melhor a dinâmica dos *punitive damages* no *Common Law*, uma vez que a maior experiência deste sistema jurídico com o tema pode oferecer valiosos ensinamentos a seu respeito. Foi consultada tanto a literatura estrangeira quanto a nacional para atingir tal objetivo. No caso, porém, dada a quantidade de países que compõem o *Common Law*, restringiu-se a análise à Inglaterra e aos Estados Unidos da América por considerar esses os mais relevantes para a atual investigação.

Dentre os vários autores consultados é possível destacar André Gustavo Corrêa de Andrade, responsável pelo que talvez seja a mais completa obra em defesa da indenização punitiva no Brasil.²⁰ O seu trabalho, além de ajudar a compreender melhor a natureza da figura, compila os mais importantes argumentos a seu favor. Dedicou-se, portanto, espaço considerável para expor e enfrentar os pontos levantados pelo autor no decorrer do texto.

Merece também destaque a obra de Ricardo Dal Pizzol²¹ não só pelas importantes lições acerca do tema dos *punitive damages* nos países de *Common Law*, mas também por seus *insights* acerca da análise da estrutura e função do direito, essenciais ao desenvolvimento do segundo capítulo deste trabalho. Neste, foi feito um estudo da responsabilidade civil inspirado na noção de “moldura do direito” de Hans Kelsen. Na concepção aqui adotada, essa admite um determinado número de interpretações razoáveis, sendo possível ao intérprete escolher a mais funcionalmente apropriada sem que isso permita à ele, no entanto, transgredir os limites de tal moldura.

Quanto às leis analisadas, optou-se por centrar a análise nas disposições presentes no Código Civil de 2002, uma vez que esse estabelece as normas essenciais de nosso sistema de responsabilidade civil. Optou-se também por

²⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

²¹ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva.** Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

privilegiar a responsabilidade civil extracontratual em detrimento da contratual, visto que o debate acerca do instituto é centrado primariamente nesse primeiro campo, embora também se defenda sua incidência no segundo.²²

Dito isso, cabe tratar agora um pouco do percurso que o trabalho irá seguir para chegar em sua conclusão, bem como oferecer uma visão geral dos objetivos específicos a serem alcançados em cada uma de suas etapas. Seu desenvolvimento será dividido em três capítulos e cada um destes, por sua vez, serão subdivididos em três subtítulos.

O primeiro capítulo irá tratar de estabelecer algumas noções iniciais essenciais e delimitar propriamente a natureza da indenização punitiva, construindo assim um referencial teórico adequado para servir de suporte para os subsequentes capítulos. Isso será feito por meio de um estudo da dinâmica dos *punitive damages* no sistema *Common Law* seguido por uma análise de como a questão se apresenta no Brasil. Por fim, serão feitas algumas considerações sobre as funções da indenização punitiva e sua quantificação.

O segundo capítulo, por sua vez, como já referido acima, fará uma análise da estrutura e função da responsabilidade civil. Primeiro, será feita uma investigação mais geral, verificando se há alguma aderência da tese punitivista no ordenamento para depois abordar a questão da função punitiva dos danos morais de maneira mais específica. Em um último item, será feito um estudo sobre a eficácia preventiva da responsabilidade civil, diferenciando esta de sua função jurídica propriamente dita. O objetivo principal aqui é formar uma base sólida para afirmar que a função punitiva é estranha à responsabilidade civil.

O último capítulo, por fim, abordará a possibilidade de recepção da indenização punitiva no Brasil. Primeiro, será discutido o problema da falta de previsão legal do instituto e, em especial, a questão do princípio constitucional da legalidade penal. Após, será investigada a questão do enriquecimento sem causa

²² Rafael Marinangelo, por exemplo, dedicou sua obra, citada ao longo do trabalho, ao tema da indenização punitiva na disciplina dos contratos. Os fundamentos que invoca, no entanto, não diferem substancialmente dos utilizados para defender a aplicabilidade da indenização punitiva de uma maneira mais geral. O autor buscou em seu trabalho, em suma, expandir o campo de incidência da indenização punitiva, *mutatis mutandi*, para a seara negocial. Dessa maneira, é possível dizer que os argumentos apresentados neste trabalho são suficientes para cobrir este aspecto da discussão também. Sobre a tese do autor, conferir: MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

que pode surgir com a indenização punitiva, verificando se isso constitui ou não um impedimento para sua aplicação. Encerrando a exposição, então, serão feitas considerações sobre a função de eliminação dos lucros ilícitos da indenização punitiva.

2. INDENIZAÇÃO PUNITIVA - DO *COMMON LAW* AO BRASIL

O presente capítulo deste trabalho possui caráter eminentemente expositivo. Tem como propósito colher tanto no direito estrangeiro quanto nacional subsídios teóricos que servirão de base para as análises que serão realizadas nos capítulos seguintes. Desse modo, não se objetiva de início, desenvolver linhas de raciocínio direcionadas diretamente a responder a pergunta tema proposta, mas sim, realizar um estudo preliminar acerca da natureza da indenização punitiva.

Mais especificamente, o que se pretende é investigar seus fundamentos, suas funções, seus critérios de quantificação e, talvez o mais importante, a maneira como o debate em seu entorno atualmente se desenha no Brasil. A fim de melhor organizar a exposição, ela foi dividida em três seções, cada uma abordando um ponto específico da matéria.

A primeira consiste em uma breve exposição sobre os *punitive damages* no contexto do sistema *Common Law*. Não se trata, é necessário ressaltar, de uma análise exaustiva sobre o assunto, nem de uma espécie de panorama geral acerca do direito estrangeiro; dada a complexidade do tema, essas tarefas excedem o escopo do presente trabalho. Objetiva-se apenas explorar algumas noções básicas importantes para a análise posta, bem como oferecer um contexto para futuras referências ao *Common Law* no decorrer do texto.

Em especial, pretende-se delimitar no que consistem os *punitive damages*, suas origens e seu desenvolvimento histórico. Será dada especial atenção, nesse contexto, ao estudo de casos, fundamentais para a construção do direito do *Common Law*. Além disso, como já referido na introdução, optou-se por limitar a análise a Inglaterra e aos Estados Unidos. Essa escolha foi feita, quanto ao primeiro, por ser o país de origem da figura jurídica em questão e, quanto ao segundo, por ser este o país onde o tratamento da questão atingiu sua máxima complexidade.

Embora o estudo do direito estrangeiro tenha sua utilidade, ela só vai até certo ponto. É necessário, portanto, em um segundo momento, atentar-se para como o tema da indenização punitiva se desenvolve no Brasil a fim de captar suas particularidades locais. Em especial, é importante verificar quais são os principais

argumentos utilizados pela doutrina a seu favor para que seja possível avaliar a validade destes em momento posterior da monografia.

Destaca-se, nesse sentido, a estreita relação que a indenização punitiva possui com a indenização dos danos extrapatrimoniais. O que ocorre, na prática, é que esta última é operacionalizada como maneira de introduzir prestações de caráter punitivo no âmbito de nosso sistema de responsabilidade civil. Será estudado, então, a maneira como isso ocorre e os fundamentos utilizados para justificar tal operação. Além disso, será explicado como esta, na prática, equivale a inserção da indenização punitiva em nosso ordenamento.

Um último aspecto importante que será explorado é para que serve a indenização punitiva, isto é, quais são suas funções. Em especial, é possível ressaltar a função retributiva, que busca a punição do réu de maneira propriamente dita e a função preventiva, que visa prevenir a ocorrência de futuros danos. Esta última, destaca-se, se desdobra também na função de eliminação dos lucros ilícitos, uma vez que, para desincentivar a ocorrência de futuros ilícitos, é necessário remover os proveitos obtidos por meio destes.

Serão feitas, por fim, algumas considerações sobre a quantificação da indenização punitiva. É necessário observar, afinal, certos critérios para que a pena tenha uma efetividade mínima para atingir os seus objetivos e, ao mesmo tempo, não se converter em uma punição arbitrária. Serão discutidos, então, fatores como o porte econômico do infrator, o grau de sua culpa e a extensão do dano. Com isso, ao final deste capítulo, serão coletadas todas as ideias básicas necessárias para enfrentar o problema da aplicabilidade da indenização punitiva no Brasil.

2.1 Os *punitive damages* no *Common Law*

No sistema *Common Law*, existe um campo do direito denominado *tort law*, que corresponde ao direito da responsabilidade civil extracontratual no Brasil.²³ Um

²³ O *tort law* se diferencia da responsabilidade civil presente no direito dos países de tradição romanística pela sua carência de uma maior sistematização. Não há, naquela modalidade, alguma forma de cláusula geral de dano, mas sim uma série de pretensões tipificadas (denominadas *torts*) pela lei e jurisprudência, cada uma com suas características e pressupostos próprios. Nesse sentido, há *torts*, por exemplo, que dependem da ocorrência de culpa (*fault*) e outros que são regidos por responsabilidade objetiva (*strict liability*). Sobre o assunto, ver : GRAMSTRUP, Erik Frederico. O '*tort*' anglo-saxão e norte-americano. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.) *et al.* **Da estrutura à função da**

tort é uma ação ou omissão ilícita (*wrongful*), extracontratual, que garante à pessoa lesada o direito de obter uma indenização (*damages*).²⁴ A indenização recebida, quando corresponde às perdas de fato sofridas pelo lesado, é denominada *actual damages* ou *compensatory damages*.²⁵ São, portanto, prestações destinadas especificamente para reparar um dano decorrente de conduta ilícita.

Os *punitive damages*, por sua vez, ao invés de buscar compensar um prejuízo, objetivam a punição. De maneira mais específica, é possível defini-los como uma “indenização concedida em casos de transgressão grave ou maliciosa para punir ou dissuadir o transgressor ou dissuadir outros de se comportarem de maneira similar.”²⁶

As primeiras condenações em *punitive damages* remontam ao séc. XVIII, na Inglaterra, em casos envolvendo abusos cometidos por autoridades do governo. Em *Wilkes v. Wood* (1763), o político John Wilkes, envolvido com o periódico *The North Briton*, teve sua residência violada e foi preso, junto com outras 48 pessoas, devido à publicação de artigo crítico ao então Rei George III. A ação foi coordenada pelo Sr. Wood, subsecretário de estado da época em que foi então processado por Wilkes pelos abusos cometidos. Como resultado do julgamento, além da indenização comumente recebida, Wood foi condenado a pagar um valor extra, a título de *exemplary damages*, a fim de o punir por sua conduta e desestimular a reincidência de práticas similares.²⁷

Essa mesma situação também deu origem ao caso *Huckle v. Money*, do mesmo ano. Neste, um tipógrafo foi detido injustamente por seis horas, o que,

responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 527-537.

²⁴ *TORT*. In: *A dictionary of law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 500.

²⁵ *ACTUAL DAMAGES*. In: *Merriam-Webster's dictionary of law*. Springfield: Merriam-Webster, 1996. p. 119.

²⁶ “[...] *damages awarded in cases of serious or malicious wrongdoing to punish or deter the wrongdoer or deter others from behaving similarly* [...]” *PUNITIVE DAMAGES*. In: *Merriam-Webster's dictionary of law*. Springfield: Merriam-Webster, 1996. p. 120 (tradução nossa).

²⁷ Sobre o caso, ver: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva:** os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 178-179. Ver também: VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil:** da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

novamente, resultou em uma condenação em *exemplary damages* como resposta à conduta ilegal.²⁸

Longe de ficar limitada a esse tipo de situação, a incidência dessa nova modalidade logo se expandiu. Com efeito, além dos casos de abuso de autoridade, entre os séculos XVIII e XIX, na Inglaterra, uma série de condenações em *exemplary damages* ocorreram em casos envolvendo ofensas entre particulares, onde o réu, de alguma forma, humilhou ou injuriou a vítima.²⁹

Ainda no século XVIII, nos Estados Unidos, logo após a independência do país, é possível observar a aplicação dos *punitive damages* em uma variedade de disputas entre privados. Em *Genay v. Norris* (1784), primeiro caso desse tipo no país, um médico administrou uma droga na bebida de seu desafeto, o que o levou a desmaiar em público.³⁰ Outro caso, *Coryell v. Colbaugh* (1791), resultou de uma quebra de promessa de matrimônio.³¹ Já no século XIX, em *Day v. Woodworth* (1851), a Suprema Corte americana (*Supreme Court*) tratou de afirmar a constitucionalidade do instituto, que já recebia suporte de precedentes há mais de um século.³²

Atualmente, na Inglaterra, *exemplary damages* são sinônimos com o caso *Rookes v. Barnard* (1964). Neste, destaca-se a atuação de Lorde Devlin, que buscou limitar o âmbito de incidência destes com base nos precedentes existentes até então, uma vez que os considerava anomalias que burlavam as fronteiras entre o direito civil e penal. O magistrado, então, tratou de estabelecer certos testes que teriam de ser cumpridos para verificar se a condenação em valores punitivos é apropriada.³³

O primeiro teste foi o *three categories test*, que definiu três situações, ou categorias, que poderiam resultar em uma condenação em *exemplary damages*.

²⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 179.

²⁹ SEBOK, Anthony J. *Punitive damages in the United States.* In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). ***Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives.*** Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 159.

³⁰ *Ibidem.* p. 160.

³¹ *Ibidem.* p. 160.

³² DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva.** Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 77.

³³ Sobre o caso, ver: *Ibidem.* p. 96 *et seq.* Ver também: WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England.* In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). ***Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives.*** Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 7 *et seq.*

Seriam essas (I) casos envolvendo condutas opressivas ou inconstitucionais perpetradas por servidores do estado, como ocorrido nos casos acima já citados; (II) situações em que o réu agiu de maneira calculada para que os proveitos que obtivesse com a prática do ilícito excedam a indenização que terá de pagar a vítima e (III) demais hipóteses previstas em lei (*statutory law*).³⁴ Essa última categoria atualmente se demonstra inócua, no entanto, visto que não há nenhuma previsão nesse sentido. Dessa maneira, é possível falar que, na prática, existem apenas duas categorias.³⁵

O segundo teste estabelecido por Lorde Devlin foi o *if, but only if test*, que instituiu uma subsidiariedade dos *exemplary damages* em relação aos *compensatory damages*. Segundo este teste, os *exemplary damages* só seriam aplicáveis se, e somente se (*if, but only if*) a condenação em *compensatory damages*, por si só, não seja castigo suficiente para o infrator.³⁶

As hipóteses de incidência dos *exemplary damages* na Inglaterra atualmente são, portanto, bastante restritas. Nos Estados Unidos, por outro lado, os *punitive damages* contam com um campo de atuação mais amplo, além de uma variedade muito maior em seu tratamento devido à ampla liberdade que cada um dos estados da federação possui para regular seu próprio direito.³⁷

Alguns estados, inclusive, sequer permitem a aplicação de *punitive damages*. O Nebraska os veda inteiramente, enquanto Massachusetts, Louisiana e New Hampshire permitem sua incidência apenas em hipóteses previstas em lei

³⁴ *Statutory law*, no caso, se refere ao direito legislado (*legislated law*), isto é, fruto do processo legislativo. Diferencia-se, então, do *case law*, que é o direito que surge de um julgamento particular que, além de prover uma solução para a disputa em questão, também cria norma que servirá para julgar demais situações similares no futuro. Não deve ser confundido, nesse sentido, com as Súmulas Vinculantes presentes em nosso direito, que apenas servem para, ao menos em teoria, impor uma interpretação uniforme a uma norma já existente. Sobre a diferença entre *case law* e *legislated law*, ver: GARDNER, John. *Some types of law*. In: EDLIN, Douglas E. (ed.). **Common Law theory**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 51-77.

³⁵ Sobre o teste, ver: DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 96-102. Ver também: WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 8-19.

³⁶ DAL PIZZOL *op. cit.* p. 104-106.

³⁷ Acerca da diversidade do tratamento da matéria nos diferentes estados da federação norte-americana, conferir: RUSTAD, Michael L. *The closing of punitive damages' iron cage*. **Loyola law review**, Los Angeles, v. 38, n. 3, p. 1297-1420, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss3/9>. Acesso em: 18 de mar. 2023.

(*statutes*) e não em precedentes do *Common Law*. Já no Michigan e em Connecticut existem institutos com esse nome, mas que possuem natureza compensatória.³⁸

De qualquer maneira, apesar da fragmentariedade do direito norte-americano, é possível destacar alguns casos em que alcançaram repercussão nacional. O tema comum em todos estes é grandes agentes econômicos sendo condenados em enormes quantias de *punitive damages*, na casa dos milhões, por condutas que visavam lucros em detrimento dos direitos de outrem.

Em *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981), por exemplo, após um impacto em sua traseira, um carro de modelo Ford Pinto foi consumido por chamas devido a uma falha em seu projeto, o que resultou na morte da motorista Lily Gray e feriu gravemente o passageiro Richard Grimshaw. Durante o julgamento, foi descoberto que a Ford não somente estava ciente do defeito, mas também tomou uma decisão consciente de ignorá-lo com base em um cálculo em que o custo para corrigir o erro no projeto – cerca de quatro a oito dólares por unidade – seria menor que o custo de possíveis indenizações direcionadas a eventuais vítimas. Devido à sua conduta altamente reprovável, caracterizada por uma indiferença à segurança pública e negligência consciente, a Ford foi condenada em 125 milhões de dólares de *punitive damages*. Esse valor, no entanto, foi posteriormente reduzido para 3,5 milhões após apelo.³⁹

Outro caso emblemático a ser estudado é *Liebeck v. McDonald's Restaurants* (1994). Esse alcançou grande notoriedade por sua aparente frivolidade, em que a Sra. Libeck, após derramar um copo de café quente que havia comprado em restaurante da rede de fast food McDonald's em seu colo, recebeu uma sentença favorável condenando a parte ré em quase 2,7 milhões de dólares em *punitive damages*, valor esse posteriormente reduzido para 480 mil dólares pelo juiz da causa por considerá-lo muito elevado. As partes eventualmente chegaram em um acordo, cujos termos são desconhecidos pelo público.⁴⁰

A primeira vista, de fato, parece ser uma situação banal, mas uma análise mais atenta aos fatos do caso, porém, revela que a pele da autora, ao entrar em

³⁸ Sobre o caso, ver: DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 42-43.

³⁹ *Ibidem*. p. 26-28.

⁴⁰ Sobre o caso, ver: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 229-234.

contato com o café, cuja a temperatura era de cerca de 180 °F (aproximadamente 82 °C) sofreu queimaduras de até segundo grau, o que resultou em sua internação por cerca de uma semana. Após sua alta, a Sra. Libeck teve de permanecer três semanas em casa sob cuidados, além de sofrer com cicatrizes em 16% de seu corpo.⁴¹

No curso do processo, foi revelado que a empresa McDonald's estava ciente dos riscos apresentados pelo seu produto por meio de cerca de 700 reclamações recebidas em um período de dez anos, mas considerou que essas eram irrisórias diante da quantidade de cafés servidos todos os anos.⁴² Constatou-se também que bebidas em temperaturas superiores a 140 °F (ou 60 °C) não poderiam ser consumidas por seres humanos, fato observado pela maioria dos estabelecimentos comerciais.⁴³

Esse não foi o único, e muito menos o último, dos casos envolvendo *punitive damages* a gerar polêmicas, essas quase sempre fundadas na noção de que as condenações desse tipo estavam se tornando muito elevadas ou arbitrárias. Merece especial destaque, no entanto, o caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), em que a Suprema Corte do país determinou que condenações grosseiramente excessivas violam a emenda 14 da constituição americana, que trata do devido processo legal (*due process of law*).⁴⁴

No referido caso, o Dr. Ira Gore, após comprar um carro da montadora BMW, descobriu que o veículo havia passado por uma repintura antes de ser vendido, o que depreciou o seu valor de mercado, sem que este fato, no entanto, lhe fosse comunicado. Isso o levou a ajuizar uma ação buscando uma indenização contra a empresa. Durante a instrução do processo, foi descoberto que a própria montadora orientava seus revendedores a não informar aos seus clientes sobre reparos que os carros vendidos haviam passado, contanto que o valor desses não superasse 3% do valor do veículo.⁴⁵

⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215-216.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 231-232.

⁴³ ANDRADE, *op. cit.* p. 215.

⁴⁴ Sobre o caso, ver: DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva.** Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 83-86.

⁴⁵ *Ibidem.* p. 83-84.

O resultado foi que o júri responsável pelo caso concedeu a Gore quatro mil dólares a título de *compensatory damages* pelo valor depreciado do carro e quatro milhões em *punitive damages*. Inicialmente, o valor foi reduzido para dois milhões de dólares pela Suprema Corte do Alabama. O caso, eventualmente, chegou à Suprema Corte Americana que, por sua vez, considerou, por cinco votos a quatro, que tal valor ainda era grosseiramente excessivo.⁴⁶

A Corte, ainda, tratou de estabelecer três parâmetros pelos quais a pena deveria ser quantificada. O primeiro diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta, que deve ser proporcional aos *punitive damages*. No caso, a Corte considerou que a conduta da parte ré, em que pese fosse desleal, resultou em danos estritamente patrimoniais, não sendo, portanto, especialmente reprovável. O segundo tratou da disparidade entre os *compensatory damages* e *punitive damages*. Aqui, mesmo após a reforma da sentença, manteve-se uma relação de 500 para um entre os dois montantes.⁴⁷

Já o terceiro parâmetro, por fim, tratou da disparidade entre sanções aplicáveis ao mesmo tipo de conduta na esfera penal e o valor da condenação civil. Seria necessário, portanto, observar uma certa proporcionalidade entre ambas. No caso, em ação penal, o valor máximo para uma multa por fraude no estado do Alabama é de dois mil dólares.⁴⁸ Findo o julgamento, com base nos parâmetros acima expostos, a Corte determinou a reforma da sentença, com o valor dos *punitive damages* sendo posteriormente reduzido para apenas 50 mil dólares.⁴⁹

De maneira geral, pode se dizer que a tendência moderna da Suprema Corte americana, principalmente a partir dos anos 2000, foi a de limitar as condenações em *punitive damages*, reafirmando, em maior ou menor medida, os parâmetros estabelecidos no caso BMW. É possível observar isso em julgamentos como *State Farm Mutual Auto Ins. Co. v. Campbell* (2003), que tratou da conduta desleal de uma seguradora contra um de seus clientes, *Philip Morris USA v. Williams*

⁴⁶ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 84.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 84-85

⁴⁸ *Ibidem*. p. 85-86

⁴⁹ KOZIOL, Helmut. *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 279.

(2007), em que a fabricante de cigarros Philip Morris foi acusada de esconder informações a respeito dos riscos à saúde causados por seus produtos e *Exxon Shipping Co. v. Baker* (2008), que teve como causa um derramamento de petróleo na costa dos Alaska.⁵⁰

Com essas informações em mente, se encerra aqui a primeira parte desta exposição inicial acerca dos *punitive damages* para, na sequência, explorar o tema da indenização punitiva no contexto brasileiro.

2.2 Indenização punitiva no Brasil e a indenização por danos morais

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde não há óbice para condenações em *punitive damages* em situações que envolvam prejuízos exclusivamente materiais, como em *BMW v. Gore*, a indenização punitiva no Brasil está intimamente ligada aos danos morais. Conforme comentam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler “toda a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à da problemática da reparação do dano moral.”⁵¹

O que ocorre, na prática, é que essa modalidade indenizatória é utilizada como veículo para a inserção de prestações de caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil. O que é mais comum, então, não é aplicação de uma sanção autônoma como no *Common Law*, onde há uma clara separação entre *punitive damages* e *compensatory damages*, mas sim a quantificação de uma indenização com base em critérios de natureza punitiva.

Isso acontece por meio da atribuição de uma função mista à indenização por danos morais, isto é, uma função reparadora e ao mesmo tempo punitiva. Tal entendimento, inclusive, é o que vem predominando no Brasil, conforme apontou Sérgio Severo já na década de 90.⁵² De fato, ao vasculhar a doutrina, se encontra

⁵⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 86 *et seq.*

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. p. 22. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643>. Acesso em: 27 de dezembro de 2022.

⁵² SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva. p. 189 *et seq.*

muitos autores defendendo posicionamentos desse tipo. Antonio Jeová Santos, por exemplo, pondera que:

A indenização do *dano moral*, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser feita tendo em vista da gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se tenha o esboço do *quantum* na fixação do *dano moral*.⁵³

Bruno Miragem, ademais, afirma que a indenização por dano moral tem uma função dissuasória que “deve atender à finalidade de desestimular o comportamento ofensivo que resultou no dano”⁵⁴ e uma função compensatória que deve permitir “à vítima usufruir de certo conforto ou situação agradável, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio do devedor.”⁵⁵

Em sentido similar, Yussef Said Cahali aduz que a “indenizabilidade do dano moral desempenha função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir.”⁵⁶ Não diferem substancialmente, também, os entendimentos de autores como Caio Mário da Silva Pereira,⁵⁷ Sergio Cavalieri Filho⁵⁸ e Carlos Alberto Bittar.⁵⁹

Essa visão, conforme aponta Cavalieri Filho, não se restringe apenas à doutrina, mas encontra também amplo respaldo na jurisprudência.⁶⁰ Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, de maneira similar, aponta que em nossos tribunais “a pena privada acrescida ao *quantum* indenizatório, já é uma realidade incontestável há muito tempo.”⁶¹

⁵³ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 129.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 209.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 211

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualização por Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 75.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125-127.

⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualização por Eduardo C. B. Bittar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *passim*.

⁶⁰ Conforme o autor: “Doutrina e jurisprudência, com respeitosa exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias.” CAVALIERI FILHO. *op. cit.* p. 125.

⁶¹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Penas privadas e responsabilidade civil. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.) *et al.* **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 266.

Já Ricardo Dal Pizzol, ao debruçar-se sobre o assunto, conclui, igualmente, que o referido entendimento “difundiu-se rapidamente entre os tribunais brasileiros, em todos os níveis, a ponto de se poder afirmar que existe hoje, na jurisprudência, praticamente um consenso em relação à matéria.”⁶² Com efeito, não é difícil encontrar julgamentos desse tipo em nossos tribunais.⁶³

Dessa forma, embora não de maneira explícita, é possível falar em verdadeiras sanções punitivas sendo aplicadas em nosso direito da responsabilidade civil, ao menos quando entendidas como um valor extra, além do necessário para compensar as perdas e os danos sofridos pela vítima e destinado a punir o infrator por sua conduta.

A partir do momento que se atribui um *plus* à indenização por dano moral com o intuito de punir se está diante de uma sanção não muito diferente dos *punitive damages* do *Common Law*. A diferença, aqui, é de que esse montante não se encontra claramente discriminado na sentença, o que não significa que ele não exista, mesmo que apenas como uma majoração do *quantum* indenizatório. André Gustavo Corrêa de Andrade, nesse sentido, comenta que:

O que imprime, *concretamente*, de forma *primária* e *necessária* o caráter de punição ao montante fixado pelo juízo é exatamente a inexistência de equivalência entre o dano e a indenização, com a atribuição de maior peso para esta última. Assim, somente quando o agente fosse condenado ao pagamento de uma quantia cujo valor ultrapassasse o montante considerado necessário para a compensação do dano seria possível falar, legitimamente, em indenização com caráter punitivo ou que tivesse o propósito concreto e primário de punir o ofensor. Do mesmo modo, poderia ser considerada punitiva, em essência, a indenização que constituísse um montante, de qualquer valor, acrescido à indenização compensatória.⁶⁴

Quando se fala, portanto, do caráter punitivo da reparação do dano moral, se está falando, mesmo que de maneira indireta, em uma indenização punitiva. Uma

⁶² DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 185.

⁶³ A título exemplificativo, é possível citar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 838.550, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 2007. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 265.133, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2000. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível n. 5010091-60.2020.4.04.7002, Relator: Des. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, 2022. RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 0027751-20.2021.8.21.7000, Relator: Des. João Moreno Pomar, 2022. SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1000653-86.2019.8.26.0238, Relatora: Des.ª Rosângela Maria Telles, 2023.

⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 163.

eventual condenação que invoque explicitamente esta última figura não difere substancialmente do montante punitivo que se atribui à indenização por danos extrapatrimoniais.

Com propriedade, Nelson Rosenvald defende que não há motivo para condicionar a aplicação da indenização punitiva à verificação de um dano extrapatrimonial. A reparação e a pena, em sua concepção, não guardam nenhuma identidade entre si, sendo a primeira responsável pela reposição das perdas da vítima de um ilícito e a segunda pela punição de uma conduta reprovável. Levando essa ideia às últimas consequências, então, conclui que sequer a ocorrência de algum dano é necessária para justificar a incidência da indenização punitiva; basta, para tanto, a presença de uma conduta suficientemente reprovável.⁶⁵

De fato, se tomada a questão em sua maneira mais abstrata, não há razão para subordinar uma figura a outra. Ocorre, no entanto, que a doutrina vem considerando a indenização por danos morais como o veículo mais apropriado para a inserção da indenização punitiva no Brasil. Isso se deve, em grande parte, aos limites menos determinados que existem na quantificação desses danos, o que empresta uma maior facilidade à implementação de valores que visem a punição do causador do dano.

Tomando os danos patrimoniais, por contraste, verifica-se que esses, devido ao seu caráter eminentemente econômico, são mais facilmente estimáveis, podendo, em última instância, na maioria das vezes ser reduzidos a uma quantia pecuniária com um grau razoável de certeza. Na maioria dos casos, a teoria da diferença, que compara o patrimônio da vítima antes e depois do dano para determinar a medida da reparação, oferece resposta satisfatória.⁶⁶

Já a quantificação dos danos morais constitui tarefa mais árdua, uma vez que se tratam de lesões a direitos ou atributos da personalidade,⁶⁷ bens jurídicos

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 176 *et seq.*

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 143.

⁶⁷ “Em sentido amplo dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se, como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano [...]. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados

esses que não admitem avaliação econômica. Não se pode por um preço, afinal, na perda de um filho, na invasão da privacidade ou na injúria pessoal. Mesmo diante de tal dificuldade subsiste, no entanto, a necessidade de atribuir um valor a indenização por danos extrapatrimoniais.

O argumento que surge diante de tal impasse é o de que a regra da extensão do dano, presente no art. 944, caput, do Código Civil de 2002 (CC/2002)⁶⁸ não é aplicável à mensuração de danos dessa espécie. Isso, por sua vez, cria um terreno propício para introdução de critérios de mensuração da prestação indenizatória que visam não apenas a compensar a vítima pelo dano sofrido, mas também sancionar o causador deste. Conforme comenta Severo, “diante da dificuldade de estabelecer um montante reparatório proporcional aos danos extrapatrimoniais sofridos, muitos passaram a vislumbrar a satisfação como um elemento penal na esfera do direito civil.”⁶⁹

Com efeito, Martins-Costa e Pargendler entendem que a regra presente no referido artigo “incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a ‘extensão’ do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários.”⁷⁰ Assim, para as autoras, a introdução da função punitiva na responsabilidade civil não depende de nenhuma inovação ou alteração legal; basta a indenização por danos morais.⁷¹

Rafael Marinangelo, de igual modo, argumenta afirmando que a não adstrição à regra da extensão do dano confere uma maior maleabilidade à quantificação dos danos morais. Segundo o mesmo, “a reparação dos danos extrapatrimoniais comporta a conjunção das funções compensatória e punitiva, e por força da flexibilidade da qual se reveste, é capaz de absorver e tornar operacional a indenização punitiva [...]”⁷²

em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

⁶⁸ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

⁶⁹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 183.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. p. 22. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643>. Acesso em: 27 de dezembro de 2022.

⁷¹ *Ibidem*. p. 22.

⁷² MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos**. São Paulo: Editora Foco, 2022. p. 94.

Andrade, por sua vez, também entende que, ao contrário do que ocorre com os danos patrimoniais, os danos extrapatrimoniais não podem ser estimados economicamente, emprestando crédito à tese de que a regra do art. 944 não representa empecilho para a indenização punitiva.⁷³ O autor, ao tratar do assunto, conclui que:

Embora se possa discutir, em bases mais ou menos abstratas e subjetivas, a proporcionalidade da indenização do dano moral, não há como indicar com exatidão a extensão econômica desse dano. Toda e qualquer discussão acerca do valor da indenização do dano moral sempre recairá no plano da subjetividade, a impedir equações matemáticas precisas. Assim, a aplicação da indenização punitiva em relação ao dano moral encontra terreno jurídico mais firme do que em relação ao dano patrimonial.⁷⁴

Além disso, Andrade também entende que a introdução da indenização punitiva justifica-se devido à sua eficácia preventiva. Mais especificamente, para o autor, essa seria uma questão de proteção da dignidade da pessoa humana, que serve de fundamento para a indenização punitiva. Em suas palavras:

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.⁷⁵

Outrossim, Severo também chama atenção para a funcionalidade da indenização punitiva ao comentar que esta “é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes.”⁷⁶ O aspecto funcional, então, configura-se como importante fundamento para a teoria da indenização punitiva. Não poderia ser diferente, afinal, seria incabível defender a existência de um remédio jurídico sem um propósito em mente.

⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 262-264.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 264.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 238.

⁷⁶ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 184.

De qualquer maneira, o fato é que essa impressão de novas funções à indenização, por sua vez, gera novas complexidades que devem ser analisadas, em especial no que diz respeito à sua quantificação. A discussão que surge é profunda, razão pela qual se encerra esta subseção para iniciar a próxima, que irá tratar especificamente das funções e quantificação da indenização punitiva.

2.3 Considerações sobre as funções e quantificação da indenização punitiva

A palavra indenização deriva do latim *indene*, que significa nada mais que “sem dano.”⁷⁷ Como seu nome sugere, sua função é proporcionar o retorno ao estado de coisas tal como esse se encontrava anteriormente ao dano, como se esse não tivesse ocorrido. Isso, ou ao menos, caso tal operação seja impossível, compensar as perdas da vítima da maneira mais completa possível.

A indenização punitiva, paralelamente, não se enquadra nessa definição, evidentemente. Ela busca, ao contrário da indenização propriamente dita, ou reparatória, não uma restauração do *status quo ante* ou equivalente, mas sim servir de sanção ao indivíduo que incorre em conduta reprovável. Desse modo, de maneira simples, é possível dizer que seu objetivo, ou melhor, sua função, portanto, não é reparar, mas sim punir.

Essa distinção básica constitui bom ponto de partida, mas não é, no entanto, suficiente para elucidar propriamente os propósitos que a indenização punitiva assume. A própria função punitiva, por assim dizer, acaba por se desdobrar em mais de uma função. Desse modo, mais apropriado do que simplesmente constatar que a indenização punitiva serve para “punir” é indagar por quê se pune, ou melhor, qual a finalidade da punição.

Dentre as funções da indenização punitiva apontadas pela doutrina, duas merecem destaque: a função retributiva e a função preventiva.⁷⁸ Além disso, é

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. p. 17. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823>. Acesso em: 27 de dezembro de 2022.

⁷⁸ “A indenização punitiva atende a dois propósitos bem-definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio da dissuasão).” ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239.

possível falar também em uma função de eliminação dos lucros ilícitos, que acaba sendo, na técnica da pena privada, um desdobramento da função preventiva, como será melhor observado logo em seguida.

Posto isso, analisemos, de início, a função retributiva, de menor complexidade. Essa busca, em essência, retribuir o mal causado pelo infrator com outro mal, que no caso é a própria pena. Faz isso por uma questão de justiça, sem necessariamente se preocupar com a eficácia social do castigo imposto.

A responsabilidade civil, de maneira geral, caracteriza-se por não levar em consideração a conduta do causador do dano no momento de estimar a indenização.⁷⁹ Nos casos de responsabilidade subjetiva basta a configuração da culpa levíssima – *in lege aquilia et levissima culpa venit*. Nos casos de responsabilidade objetiva, sequer se fala em culpa. A função retributiva, por outro lado, permite que se valore as circunstâncias em que o dano ocorreu para que, dessa maneira, o infrator seja sancionado de maneira diferenciada. Conforme explana Andrade:

Ao mudar o foco da figura da vítima para a do agressor, a indenização punitiva atende a um *imperativo ético*, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um *critério de justiça* no âmbito da responsabilidade civil.⁸⁰

Ao lado da função retributiva, temos então a função preventiva, ou dissuasória. Essa, sem desprezar a primeira, parece ser a principal função da indenização punitiva, uma vez que, como já constatado anteriormente, atua como importante fundamento para sua introdução no Brasil. Aqui, a ideia básica é a de que a responsabilidade civil, além de redistribuir ônus do dano, deve atuar para prevenir que ele sequer aconteça.

Por um lado, é certo que a tutela reparatória, por si só, já atua como fator preventivo, uma vez que a possibilidade de ter que ressarcir os prejuízos causados

⁷⁹ O parágrafo único do art. 944 do CC/2002, que será estudado com mais profundidade em momento posterior, admitidamente, configura uma exceção a essa regra.

⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239.

por seus atos já é muitas vezes suficiente para dissuadir grande parte dos potenciais ofensores. Conforme expõe Aguiar Dias:

Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta 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 ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem.⁸¹

De fato, assim como dita o teste *if, but only if* do direito inglês, a própria reparação pode ser suficiente para surtir os efeitos da punição. Ocorre, no entanto, que ao menos em alguns casos, principalmente quando for possível lucrar com o ilícito, é necessário, para atingir uma eficácia preventiva, o incremento da condenação com um valor de caráter estritamente punitivo.

É isso que se observa nos casos do direito americano estudados anteriormente, em que grandes empresas optam por faltar conscientemente com deveres de cuidado em suas operações devido ao custo reduzido das indenizações, ou ainda, por calcular que os gastos com a essas serão menores do que os gastos com a prevenção.

Passemos agora para a questão da função da eliminação dos lucros ilícitos, que, como foi dito anteriormente, atua em parte como continuação da função preventiva. Isso porque, muitas vezes, os proveitos que se obtém do ilícito superam o valor das indenizações, de tal forma que o resultado final é positivo para o ofensor. A violação dos direitos de terceiros, desse modo, se torna uma prática lucrativa, além de minar o poder imperativo da lei. Remete-se, nesse sentido, a segunda categoria estabelecida por *Rookes v. Barnard*.

Exemplo dessa categoria em ação é o caso *John v. Mirror Group News Ltd.* (1997), onde o cantor Elton John processou grupo de mídia que veiculou matéria infundada alegando que ele estava praticando uma dieta possivelmente fatal envolvendo bulimia. No caso, não foram tomadas as devidas providências mínimas para verificar a veracidade da história – o autor do artigo sequer estava presente na festa em que John supostamente teria mastigado e cuspidado sua comida – e mesmo

⁸¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. p. 735.

assim foi publicado artigo nocivo à reputação do cantor. O resultado do julgamento foi uma condenação em *exemplary damages* que, além de punir o réu, também prestou-se para eliminar os proveitos obtidos com a matéria difamatória.⁸²

Para que a punição civil cumpra de maneira satisfatória qualquer uma dessas funções, é necessário estabelecer critérios próprios para sua quantificação. Esses possuem o duplo objetivo de garantir a efetividade do instituto e ao mesmo tempo coibir possíveis abusos em seu arbitramento. Evita-se, dessa maneira, que se peque tanto pela falta quanto pelo excesso.

O primeiro parâmetro que deve ser observado, e também o mais importante, é o da condição financeira do infrator. Segundo Moraes, o "critério do nível socioeconômico do ofensor é o verdadeiro critério da punição."⁸³ Trata-se de um critério relativamente simples, que dita que a indenização punitiva deve ser escalonada segundo os recursos financeiros do réu, mas que deve ser seguido para que se cumpra as finalidades retributiva e dissuasória.

Um determinado valor, afinal, por mais que seja considerável para o cidadão médio, por exemplo, pode facilmente se tornar irrisório perante os recursos financeiros de uma grande companhia. Esse foi o principal motivo, inclusive, que levou as empresas réas em casos como *BMW v. Gore* ou *Liebeck v. McDonald's Restaurants* a serem condenadas em valores tão elevados: diante de um aporte financeiro excepcional, é necessária uma sanção excepcional.

Esse critério não é exclusivo da pena pecuniária civil, fazendo-se presente também, com razão do legislador, na quantificação das multas do direito penal, tal como previsto no art. 60 de nosso Código Penal (CP).⁸⁴ Não é diverso o caso do direito administrativo, onde a redação art. 12, § 2º da Lei nº 8.429/92, estabelece que a multa administrativa pode ser aumentada até o dobro caso se demonstre inefetiva

⁸² Sobre o caso, conferir: WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 12-13. Ver também: DAL PIZZOL, Ricardo.

Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 101.

⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 298.

⁸⁴ "Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo." BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

diante da condição socioeconômica do sujeito da sanção.⁸⁵ Não poderia ser diferente, então, no âmbito do direito civil.

Necessário notar que esse critério, embora utilizado para garantir a punição de atores abastados que passariam impunes com penas de baixo valor, também serve para garantir que não ocorra uma punição exagerada contra os menos afortunados. Qualquer doutrina razoável da indenização punitiva certamente terá de reconhecer que seu objetivo é atuar como corretivo, e não buscar a aniquilação econômica de seu recipiente. Nesse sentido, muito bem explica Caroline Vaz que:

há de se perquirir a realidade do agente, seja pessoa física ou jurídica, de modo a repercutir o valor a ser pago a título de prestação pecuniária no patrimônio financeiro/econômico do devedor, não para levá-lo à quebra, porém para fazê-lo evitar comportamentos semelhantes, bem como evitar que os demais concorrentes ou co-cidadãos tenham idêntica conduta.⁸⁶

Outros critérios importantes para mensuração da indenização punitiva são a gravidade do dano e o grau de culpabilidade do ofensor. Sobre o primeiro desses, percebe-se inicialmente que ele também é aplicável na mensuração da indenização compensatória. Na sua modalidade pura, na verdade, é o único critério relevante. Em se tratando da punição, por sua vez, ele também deve ser observado, uma vez que, quanto maiores forem as consequências do ilícito, com mais firmeza ele deve ser repreendido.

Mesmo que não se admita estritamente uma mensuração da extensão do dano no caso dos prejuízos extrapatrimoniais, nos termos do art. 944, caput, do CC/2002, ainda sim é possível avaliar sua seriedade de alguma maneira ou outra. É perfeitamente razoável, nesse sentido, avaliar quesitos como o número de pessoas prejudicadas, a natureza do bem jurídico atingido, ou a repercussão da lesão no tempo, isto é, se seus efeitos tendem a se perpetuar ou não.

⁸⁵ “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]”

§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do caput deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade.” BRASIL. **Lei nº 8.429, 2 de junho de 1992.**

⁸⁶ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 138.

Ainda, caso haja uma separação do montante compensatório e o estritamente punitivo, o primeiro pode ser utilizado como parâmetro para quantificação do segundo, uma vez que, por via de regra, quanto maior a indenização, maior a gravidade do dano. Não parece ser apropriado, no entanto, a adoção de um critério de razão matemática, como no direito americano, sob pena de comprometer o bom funcionamento do instituto; um mesmo montante, embora suficiente para ressarcir a vítima, pode ser mínimo para o ofensor.

O grau de culpa do infrator também se demonstra relevante, uma vez que reflete diretamente na reprovabilidade de sua conduta. Tão grande é a importância desse critério que parte da doutrina defende um grau elevado de culpa como prerequisite da sanção civil.⁸⁷ De qualquer maneira, é possível avaliar se a ação ou omissão em questão ocorreu de maneira dolosa ou culposa, por exemplo. Outra questão relevante, nesse sentido, é o grau de reiteração da conduta, que indica não só uma maior culpabilidade, mas também uma falha da função preventiva.

Por fim, também é necessário levar em conta o eventual ganho obtido pelo ofensor a fim de concretizar a eliminação dos lucros ilícitos e, conseqüentemente, a prevenção. A princípio, pode parecer que seja necessário tão somente igualar a indenização punitiva, ou ainda, a soma desta com a indenização reparatória ao locupletamento auferido. Na realidade, porém, o ideal é que o valor da pena exceda os lucros pois:

Do contrário, se a indenização punitiva fosse limitada ao lucro obtido, o pior cenário possível para o ofensor seria apenas o de perder o que ganhou, gozando de vantagem em todas as demais variações possíveis (a vítima decide não ajuizar a demanda; a vítima não consegue comprovar os pressupostos para fixação de indenização punitiva; etc.).⁸⁸

⁸⁷ André Gustavo de Andrade, Rafael Marinangelo e Nelson Rosenthal, por exemplo, adotam tal critério. Os dois primeiros também entendem, porém, que esse critério é dispensável quando o ofensor tiver auferido lucros ilícitos. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 264-269. MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 94-103. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 170-176. Ricardo Dal Pizzol, com base na análise econômica do direito, afirma que em determinados casos, independentemente do grau de culpa, é justificável a aplicação da indenização punitiva quando for constatado que o infrator é capaz de elidir sua responsabilização com certa frequência. DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil**: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 240 *et seq.*

⁸⁸ *Ibidem*. p. 101.

Findas essas considerações, encerra-se a primeira parte do trabalho, de natureza expositiva, para prosseguir para a segunda, que irá analisar a estrutura e função da responsabilidade civil.

3. ANÁLISE DA ESTRUTURA E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme Dal Pizzol, até meados do século XX, a ciência do direito era dominada pela abordagem estruturalista, isto é, uma abordagem que se preocupa em estudar como o direito é produzido e como se organiza, sem se preocupar com as funções ou objetivos do ordenamento; é, nesse sentido, uma abordagem *legalista*, que visa aplicar a lei como mero silogismo entre norma e o fato.⁸⁹

Essa corrente esteve fortemente atrelada ao positivismo jurídico e, especialmente, ao jurista austríaco Hans Kelsen, notório por ser a mente por trás da denominada *teoria pura do direito*. Nela, não há espaço, por parte dos juristas enquanto tais, para indagações sobre as funções das normas ou institutos jurídicos, apenas um estudo sobre a aplicação do direito de um ponto de vista lógico. Nas palavras do próprio autor:

Como teoria [pura do direito], quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.⁹⁰

Para Kelsen, o direito a aplicar é uma moldura sobre a qual é possível imprimir um certo número de interpretações, sendo o juiz livre para optar por qualquer uma delas, sendo indiferente, do ponto de vista da teoria pura do direito, qual foi escolhida, sendo todas igualmente válidas.⁹¹ O juiz, seguindo este raciocínio, pode até optar, dentre todas as interpretações possíveis, por aquela que considere mais justa ou eficaz, mas tal escolha é indiferente para a ciência do direito.

Já a abordagem funcionalista, como o nome sugere, está preocupada em estudar as funções do direito, isto é, busca compreender para que serve o ordenamento, suas normas e seus institutos. Aqui, preocupa-se não apenas com a aplicação lógica do direito, mas sim com os efeitos da decisão; correta, portanto, é aquela que melhor realiza os fins ou objetivos da norma.⁹²

⁸⁹ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 1-5.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁹¹ *Ibidem*. p. 390-391.

⁹² DAL PIZZOL, *op. cit.* p. 2-5

Ocorre que, mesmo nesse paradigma, a interpretação do direito não pode deixar de observar sua estrutura; a moldura sobre a qual falava Kelsen ainda deve ser respeitada. Dessa maneira, embora antes se pudesse falar em um predomínio da estrutura sobre a função, o que certamente limitava muito a atividade do jurista, não se pode, agora, tomar a função como critério absoluto para aplicação do direito; a estrutura deve ainda ser respeitada.

A concepção adotada por este trabalho, portanto, não é a do juiz como mero *bouche de la loi*, mas sim de um operador do direito, que dentro do campo das interpretações possíveis, pode e deve formular suas decisões segundo aquilo que melhor se adequa à realidade social do momento. Mais do que isso, entende-se que a estrutura condiciona a função, ou seja, é por um meio da análise da estrutura que se apreende a função de uma norma. A função, por sua vez, condicionará a aplicação da norma, em um ciclo hermenêutico virtuoso.

Com base nessas considerações, pretende-se fazer uma análise da estrutura e função da responsabilidade civil no que pertine ao seu aspecto reparatório e punitivo. O primeiro passo será delimitar a moldura jurídica da questão, conforme exposto acima, demonstrando como não é possível extrair dela uma função punitiva. O segundo é lidar com a questão do dano moral, especificamente, atacando a noção de que sua quantificação não estaria sujeita ao art. 944, caput, do CC/2002. Por fim, preocupou-se também em demonstrar que, em que pese a responsabilidade civil possua uma eficácia punitivo-preventiva, ela não deve ser confundida com sua real *ratio* jurídica.

3.1 Da função reparatória da responsabilidade civil

Conforme explana Fernando Noronha, a responsabilidade civil propriamente dita, ou *stricto sensu*, é aquela que busca reparar os danos advindos da violação de direitos alheios não relacionados à obrigações negociais; é apenas em sentido amplíssimo que, conforme o autor, a responsabilidade civil pode ser entendida como englobando também a responsabilidade negocial.⁹³ No caso, a análise será focada

⁹³ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993. p. 13.

na definição mais restrita, daqui em diante referida apenas como responsabilidade civil.⁹⁴

A responsabilidade civil, entendida desse modo, pode ser dividida em dois grandes ramos: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. A diferença entre as duas reside, essencialmente, no pressuposto da culpa; a primeira requer a prova da culpa *stricto sensu* ou dolo do agente, enquanto a segunda a dispensa.

Em se tratando da responsabilidade civil subjetiva, nosso Código Civil de 1916, estabeleceu a seguinte cláusula geral em seu art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”⁹⁵ Como é possível observar, não há aqui referência à punição do sujeito infrator; limita-se o dispositivo a prescrever a reparação do dano. Atualmente, mesmo superado o antigo código, vemos que a redação presente no art. 927, caput, do CC/2002 não difere substancialmente: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”⁹⁶

Já no que diz respeito à responsabilidade civil objetiva, diferentemente da subjetiva, não há uma cláusula geral, e sim hipóteses específicas legalmente previstas em que ela é aplicável. De maneira geral, no entanto, é possível observar o que diz o parágrafo único do art. 927 do CC/2002: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a

⁹⁴ De qualquer maneira, a análise da acepção mais ampla não alteraria o resultado da investigação, visto que as violações de obrigações negociais, conforme pode ser observado pela leitura de arts. como o 389, 395 e 402 do CC/2002, resolvem-se no sentido de ressarcir os prejuízos do credor, sem, no entanto, punir o devedor. A possibilidade da inserção de cláusula penal em contrato também não afeta o resultado da análise, visto mesmo aceitando seu status como pena, algo discutível do ponto de vista doutrinal, isso significaria apenas que é possível que as partes, valendo-se da autonomia de suas vontades, pactuem tal cláusula, o que de maneira nenhuma implica na identificação de uma base legal para a indenização punitiva e muito menos serve de fundamento para sua aplicação generalizada. Sobre o caráter controverso da cláusula penal, conferir: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 141 *et seq.*

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**.

⁹⁶ No caso, os artigos referidos no próprio corpo do art. 927 possuem as seguintes redações: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”⁹⁷

Vemos aqui que a tutela oferecida pela legislação não é diferente: o dano deve ser reparado, mas novamente não se fala em punir o responsável, como aliás não poderia deixar de ser, uma vez que, se não há previsão para punir o autor do dano quando comprovada sua culpa, não seria coerente o fazer em sua ausência. O remédio indicado pela lei, portanto, tanto no caso da responsabilidade civil subjetiva quanto da objetiva é a reparação e não a punição.

De qualquer maneira, é também pertinente esclarecer que o conceito de reparação não se confunde, e muito menos se limita à indenização. Esta última é, na verdade, uma espécie da primeira, que é um gênero.⁹⁸ Isso porque, em essência, o dano pode ser reparado de duas maneiras: pela reparação *in natura* ou pela indenização.

Reparação *in natura*, ou em espécie, consiste em restituir ou recompor o mesmo bem ou direito que foi subtraído da vítima.⁹⁹ Em se tratando de danos patrimoniais, como no caso da destruição de um determinado bem, por exemplo, ela ocorrerá por meio da substituição deste por um outro de mesmo tipo e qualidades, ou eventualmente, em se tratando de bem danificado apenas, fica o responsável encarregado de custear seus reparos. A reparação em espécie dos danos extrapatrimoniais, por sua vez, também é possível. Conforme aponta Pontes de Miranda, uma ofensa desse tipo:

se repara pelo ato que o *apague* (e.g., retratação do caluniador ou do injuriante, casamento da mulher deflorada), ou pela prestação do que foi considerado como reparador. [...]

A reparação do dano moral pode ser específica; e.g., retificação, reconhecimento de honorabilidade.”¹⁰⁰

A reparação em espécie, por mais desejável que possa ser, porém, nem sempre é possível. Certos bens, ou direitos, uma vez violados, não podem ser

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 180.

⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34 *et seq.*

¹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies das obrigações**. Atualização por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 304.

repostos. Uma obra de arte de elevado valor e importância cultural, incinerada por um incêndio, jamais poderá ser efetivamente substituída; trata-se de item único, sem par, por mais que existam outras obras similares de valor monetário equivalente ou até mesmo superior.

Mesmo em se tratando de bem substituível, por outro lado, é possível que entre o momento da perda do objeto e o momento de sua reposição por outro de igual espécie e qualidade, o ofendido tenha deixado de auferir certos proveitos que normalmente teria embolsado caso o bem em questão estivesse em sua posse (lucros cessantes). A reparação *in natura*, portanto, deverá ser complementada pela indenização para que a composição dos danos seja plena.

No caso dos danos morais, estes dificilmente poderão ser plenamente reparados em espécie, de tal forma que uma complementação pecuniária se faz quase sempre necessária. Uma lesão física, por exemplo, pode ter efeitos permanentes a despeito das melhores intervenções que as ciências médicas nos proporcionam atualmente, podendo levar a uma redução permanente das capacidades físicas da vítima, ou deformidades irreparáveis na forma de cicatrizes ou similares.

Já no caso de uma ofensa contra a honra, por outro lado, ela certamente pode ser atenuada por uma retratação pública do ofensor. Mesmo assim, ocorre que, a depender do tipo e da intensidade do ataque sofrido, dificilmente a reputação do ofendido será plenamente reparada. Em situações como essas, então, sem desconsiderar totalmente os méritos da reparação *in natura*, a indenização também será necessária.

É possível ainda analisar a questão sobre a perspectiva do sofrimento da vítima, o qual, efetivamente, não pode ser apagado, mesmo se reparados os danos morais em todos os seus outros aspectos. A aflição, seja ela física ou psíquica, uma vez experienciada pela vítima, torna-se fato concretizado no tempo, imutável. É impossível tentar “repor” a dor sofrida; o que resta é tentar compensá-la de alguma maneira, que no caso seria por meio de uma quantia pecuniária proporcional à sua intensidade e duração.

Independentemente de sua modalidade, a reparação deve alcançar o dano em toda a sua extensão e da maneira mais completa possível. Conforme afirma

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a responsabilidade civil é pautada pelo princípio da reparação integral.¹⁰¹

O autor decompõe o princípio em três funções: a função *compensatória*, que visa reparação mais completa possível, englobando todos os prejuízos sofridos pela vítima; a função *indenitária* que, em contraposição à primeira, estabelece um limite para a reparação, que não é nada mais que a própria extensão do dano, impedindo, assim, o enriquecimento sem causa; e por último, a função *concretizadora*, que impõe que, na medida do possível, as perdas sofridas pela vítima sejam avaliadas concretamente, afastando fórmulas e apreciações abstratas, de tal forma que a compensação do ofendido corresponda aos seus reais prejuízos.¹⁰²

Essas funções estão muito bem refletidas em nossa legislação. Vemos isso no art. 944, caput, do CC/2002, quando este estabelece que “A indenização mede-se pela extensão do dano.”¹⁰³ Nessa simples fórmula é possível observar a aplicação exata do princípio da reparação integral, uma vez que estabelece uma clara medida para a indenização, que não é nada mais que o próprio dano. Não há aqui apenas uma determinação legal de que a indenização seja suficiente para cobrir todos os danos; o artigo também determina que não se indenize para além do necessário para reparar os danos. *Tout le dommage, rien que le dommage*, para utilizar a expressão francesa.

O parágrafo único do dispositivo em questão, por sua vez, introduz uma flexibilização pontual ao princípio da reparação integral. Segundo sua redação: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”¹⁰⁴ O propósito da regra é claro: “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade.”¹⁰⁵

O referido critério, é necessário ressaltar, de maneira nenhuma constitui uma ab-rogação do princípio da reparação integral; se trata apenas de uma exceção e

¹⁰¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰² *Ibidem*. p. 48 *et seq.*

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

não uma regra geral. Exceção porque o grau de culpa do sujeito deve ser baixo, sendo o preceito aplicável apenas em caso de culpa levíssima, devendo esta ser, ainda, desproporcional ao dano causado.¹⁰⁶ Em sentido similar, sendo a culpa o critério, são excluídos de antemão as hipóteses de responsabilidade objetiva, conforme exposto pelo seguinte enunciado da IV Jornada de Direito Civil:

A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano[,] não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. (Alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada)¹⁰⁷

Miragem argumenta, por outro lado, que o parágrafo único do art. 944, ao permitir a redução do *quantum* da indenização pela equidade, abre um caminho para admissão da sua majoração para fins punitivos. Em suas palavras “admitir redução (valor aquém do dano) e não cogitar aumento (valor além do dano) são soluções, em si, desproporcionais, se considerada mesmo a dimensão reparatória ou compensatória do dano.”¹⁰⁸

Essa linha argumentativa, no entanto, não pode prosperar. Se por um lado é permitida a relativização do princípio da reparação integral por razões de equidade, isso não implica necessariamente na possibilidade de acréscimo na indenização por outro. O dispositivo trata apenas da *redução* da indenização em excepcionais circunstâncias.

A norma ali presente, novamente, trata-se de uma exceção que, antes de qualquer coisa, confirma a regra. Dela não é possível retirar interpretação que permita a majoração da indenização para fins punitivos, quer a avaliemos por si só ou por meio de uma interpretação sistêmica do ordenamento. Isso porque há um limite hermenêutico que torna “impossível a interpretação de ‘reduzir’ como

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

¹⁰⁷ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., 2002, Brasília. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 21. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 10 fev. de 2023.

¹⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

*majorar*¹⁰⁹ uma vez que as condições dadas da comunicação impedem o intérprete de “avançar para além do que lhe permite o significado indiscutível do dispositivo que tem à sua frente.”¹¹⁰

É necessário reconhecer também que seria, claro, perfeitamente possível para o legislador, por exemplo, estipular norma que permitisse ao juiz majorar o valor da indenização em caso de especial culpabilidade do responsável sem criar nenhuma antinomia com o art. 944, caput, do CC/2002. Essa seria apenas mais uma exceção ao artigo, o que novamente não invalidaria a regra geral.

Não é este o caso, no entanto. Impõe-se, assim, a interpretação de que a indenização está adstrita à extensão do dano. Assim, não é possível retirar da lei, ao menos, um carácter punitivo da tutela civil dos danos. Isso porque não é possível aplicar nenhum dos critérios quantitativos característicos das penas como a riqueza do responsável ou o grau de sua culpa; ao se medir a prestação devida apenas pelo dano não há uma verdadeira punição e sim uma tutela reparatória.

Com base no que foi exposto, portanto, não é possível atribuir à estrutura de nosso sistema de responsabilidade civil uma função punitiva; este se pauta pela reparação, o que é evidenciado não só pelo fato de que não há menção de pena de nenhum tipo para ilícitos civis no ordenamento pátrio, mas também pela própria regra da extensão do dano. A “moldura” dessa área do direito não permite uma interpretação favorável à tese punitivista. Muito pelo contrário, na verdade, essa tese vai de encontro à lei, que não se limita a determinar que o dano tenha de ser integralmente reparado, mas também estipula que a vítima não pode ser compensada em nenhum valor que vá além dele.

Superada essa questão, parte-se agora para análise da instrumentalização da indenização por dano moral como maneira de aplicar sanções punitivas no contexto da responsabilidade civil.

¹⁰⁹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Penas privadas e responsabilidade civil. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.) *et al.* **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 262.

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 262.

3.2 Crítica à inserção de prestações de caráter punitivo no âmbito da indenização por danos morais

No subtítulo anterior foi testada a aderência da tese punitivista ao nosso sistema de responsabilidade civil. É necessário, agora, tratar especificamente da questão da indenização do dano moral que, como explicado no capítulo anterior deste trabalho, é visto como veículo hábil para a inserção de prestações de caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil. O presente subtítulo pretende, em suma, criticar a viabilidade dessa operação.

O fato é que, mesmo afirmando o caráter reparatório da responsabilidade civil de maneira geral, ainda seria possível, ao menos em teoria, admitir uma exceção para a indenização por danos morais, caso se adote a tese que esta não estaria limitada pela regra do art. 944, caput, do CC/2002. Uma análise atenta desta, corroborada por uma investigação mais aprofundada sobre o que consiste a reparação do dano moral, no entanto, revela não ser este o caso.

O que se pretende argumentar é que a regra presente no referido artigo é aplicável também à essa modalidade reparatória. Isso, ou ao menos, demonstrar que tal entendimento é mais o compatível com a moldura da responsabilidade civil. A um, conforme já demonstrado, o fato é que nosso sistema de responsabilidade civil é baseado na tutela reparatória, não sendo possível extrair dele, mesmo que de maneira oblíqua, um caráter punitivo. Assim, o mais coerente seria tentar harmonizar tal realidade com a interpretação do dispositivo em questão.

A dois, analisando a própria redação deste, verifica-se que ela não faz distinção entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial; apenas determina que o critério aplicável é o da extensão do dano, qualquer que seja sua natureza. Isso parece indicar, no mínimo, que a intenção do legislador foi a de que, qualquer que seja o dano, o único critério aplicável para medir a indenização é a sua extensão.

Isso tudo, claro, não significará muito caso se considere ser impossível falar em extensão do dano moral. A norma, no caso, estaria simplesmente incorrendo em uma imprecisão ou contra-senso, sendo justo ao operador do direito ignorar sua aplicação neste caso. O que se pretende defender, no entanto, é que é perfeitamente viável falar na extensão do dano moral como critério para mensuração

de sua indenização, como será evidenciado logo em seguida. É necessário, antes disso, fazer alguns apontamentos sobre no que consiste a indenização dos danos morais.

O dano moral, conforme já explorado anteriormente, é de difícil reparação. Não pode, na maioria dos casos, mesmo de forma abstrata ou aproximada, ser repostado da mesma maneira que os danos patrimoniais. O que se busca por meio da indenização do dano moral é, na verdade, e deixando de lado por ora considerações acerca de seu caráter punitivo, compensar razoavelmente a vítima pelo seu sofrimento e direitos violados. Fala-se, nesse sentido, de uma função satisfatória. Sobre esta, Cavalieri Filho comenta que:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais urna genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento.¹¹¹

Em tom similar, Sanseverino fala na função satisfativa da indenização por dano moral como uma maneira de fornecer “um lenitivo ao sofrimento do sujeito lesado.”¹¹² O autor explica, nesse sentido, que:

No caso específico dos danos extrapatrimoniais, em face da dificuldade de se quantificar a indenização correspondente, a função preponderante é satisfatória, visto que não é possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária. Isso, porém, não afasta a exigência de que a reparação pecuniária deva corresponder a um razoável ressarcimento da vítima pelos prejuízos sofridos, mesmo sem cunho econômico. Não se pode esquecer que o objetivo maior da indenização pecuniária dos danos extrapatrimoniais continua a ser, na medida do possível, a sua reparação mais completa possível, apesar de não possuírem dimensão patrimonial.¹¹³

Desse modo, é necessário reconhecer que, mesmo de maneira mitigada, o paradigma reparatório é ainda aplicável à indenização por danos morais. Isso significa dizer, em outras palavras, que ao quantificar um valor indenizatório, deve

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

¹¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271.

¹¹³ *Ibidem*. p. 271.

ser levada em consideração a compensação mais completa possível da vítima pelos danos que sofreu.

Tendo em vista essa premissa, é evidente que os danos morais, para serem propriamente compensados, ou satisfeitos, requerem montantes por vezes maiores e por vezes menores. Isso se deve ao simples fato de que certas lesões são mais graves, ou extensas, que outras. É possível, nesse sentido, tomar o critério da extensão do dano extrapatrimonial, aqui entendido como sua gravidade, como critério para mensuração de sua indenização.

Sobre isso, pensemos, de início, nos danos à saúde, ou corporais. Estes podem se manifestar de várias maneiras, bem como possuir consequências por vezes mais ou menos graves. Podem, por um lado, ser superficiais, causando alguma dor ou desconforto sem, no entanto, gerar sequelas ou causar alguma redução das capacidades físicas do ser humano. Por outro, vislumbra-se a possibilidade de lesões mais sérias, capazes de gerar todo tipo de debilidade.

A fratura de um osso, por exemplo, pode gerar a redução da capacidade de locomoção de um indivíduo, ou ainda, o tornar incapaz de realizar tarefas mundanas do dia-a-dia, o tornando dependente do auxílio de ontem. Uma concussão cerebral, por sua vez, pode afetar algum de seus sentidos, como a visão ou audição, reduzindo-os de maneira parcial ou total. Situações como estas devem ser avaliadas no momento do arbitramento do valor indenizatório.

No que se refere a esse aspecto, inclusive, é possível levar em consideração o que a bastante avançada tipologia francesa dos danos tem a dizer em relação aos denominados prejuízos à vida de relação. Esses se referem, em suma, às consequências que certas lesões físicas podem ter para com a capacidade do sujeito em se inserir na sociedade e desfrutar de certos prazeres e experiências básicas da condição humana.¹¹⁴

Nesse contexto, é possível falar, de início, nos prejuízos de lazer, ou *préjudice d'agrément*, que correspondem a perda da capacidade de um sujeito de desfrutar de certas atividades de lazer.¹¹⁵ Passear na praia, praticar um esporte,

¹¹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 301 *et seq.* Ver também: SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 153 *et seq.*

¹¹⁵ SANSEVERINO, *op. cit.* p. 303-304. SEVERO, *op. cit.* p. 153-155.

andar de bicicleta; todas essas são atividades simples, ou até banais, que uma lesão física pode tornar impossível.

Relevante também é o prejuízo sexual, ou *pretium sexuelle*, que lida com a redução da capacidade de um indivíduo de desfrutar de relações sexuais e até mesmo procriar.¹¹⁶ Há, ainda, o prejuízo juvenil, ou *prejudice juvenille* que, por sua vez, corresponde à perda ou redução da capacidade de desfrutar de prazeres típicos da infância e juventude.¹¹⁷ Todas essas são facetas que devem ser observadas no momento da quantificação da prestação indenizatória.

É importante considerar, ainda, a duração das sequelas do dano. Certamente, ao comparar duas debilidades, iguais em todos os outros aspectos, aquela que se prolongar mais no tempo terá de ser considerada mais grave, ensejando um direito à uma indenização maior. Sob essa perspectiva, a expressão máxima do aspecto temporal dos danos à saúde são aqueles cujos efeitos são permanentes, como é o caso da infecção de uma doença incurável como a AIDS.¹¹⁸

Consideremos agora as lesões à honra, gênero diverso de danos extrapatrimoniais. A honra, em sua acepção jurídica, se divide em duas espécies: honra subjetiva e honra objetiva. A primeira diz respeito ao conceito que o próprio sujeito ofendido tem de si mesmo, enquanto a segunda trata da opinião que os demais membros da sociedade têm do indivíduo em questão.¹¹⁹ Em termos penais, estaríamos falando na distinção que há entre o crime de injúria - que atinge a honra subjetiva - e os crimes de calúnia e difamação - que atingem a honra objetiva.¹²⁰

¹¹⁶SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 304. SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 155-156.

¹¹⁷ SANSEVERINO, *op. cit.* p. 305. SEVERO, *op. cit.* p. 156-157.

¹¹⁸ Sobre a questão da AIDS e a responsabilidade civil, conferir: SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 98-100.

¹²⁰ **Injúria**

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. [...]

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa." BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

Tendo em mente essa distinção básica, pode-se esboçar alguns parâmetros que podem ser utilizados para aferir a extensão de um dano moral causado por uma ofensa à honra. Tomando como base uma visão sistemática de nosso ordenamento, é possível concluir que os ataques à honra objetiva possuem uma maior gravidade, ao menos abstratamente, uma vez que a pena para os crimes contra essa são maiores que os contra a honra subjetiva.

Esse é, sem dúvidas, apenas um ponto de partida, e não uma regra absoluta. É evidente, no entanto, que uma mesma ofensa, se proferida em ambiente privado, diante de nenhuma ou poucas testemunhas, terá uma repercussão menor que se fosse veiculada em meio de comunicação em massa, como a televisão ou o rádio. Aqui, cumula-se a ofensa subjetiva com a objetiva.

Seguindo por esta linha, ao se falar em ofensa à honra objetiva, é possível medir sua extensão também pelas suas repercussões sociais; se levou à alguma forma de ostracismo social, ao abandono por parte de família e amigos ou ao fim de um relacionamento. Já a ofensa subjetiva, até pela sua própria natureza, será mais difícil de mensurar, mas nem por isso ela deve ser considerada inestimável para os fins de quantificação da indenização. O que deve ocorrer é uma ponderação das particularidades do caso concreto para, com base nelas, arbitrar um valor apropriado.

A quantificação do dano moral, na verdade, é sempre uma tarefa muito particular, possível só por meio da avaliação cuidadosa do caso concreto e que não admite a adoção irrefletida de fórmulas prontas ou abstrações reducionistas. Nesse sentido, conforme escreve Moraes:

Cada perda e cada dano [moral] deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa, do que hoje se procura não chamar de 'preço da dor'.¹²¹

Desse modo, ressalta-se que, em que pesem as considerações feitas neste capítulo, elas de maneira nenhuma esgotam o que pode ser dito sobre a mensuração do dano extrapatrimonial. Tratam-se, antes de tudo, de algumas ponderações feitas não com a intenção de estipular critérios definitivos para a

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 310.

resolver a questão, mas sim demonstrar que é sim possível falar em uma “extensão” do dano moral, mesmo que sem a exatidão característica dos patrimoniais.

Não estão de todo errados também, é apropriado ressaltar, aqueles que se referem à quantificação dos danos morais como uma “aproximação”, “ponderação axiológica” ou algo do gênero. Não há, de fato, um critério matemático exato a ser aplicado para medir a extensão do dano moral. Mas isso também não é necessário. O que se pretende é apenas delimitar os critérios que podem ser utilizados nessa ponderação.

No caso, ela deve levar em consideração exclusivamente a extensão do dano, ou melhor, deve levar em consideração tão somente o necessário para compensar razoavelmente a vítima, na medida do possível. Isso significa dizer, em outras palavras, que critérios típicos da punição, como a reprovabilidade da conduta e o nível econômico do ofensor, devem ser excluídos de antemão da quantificação do *quantum* indenizatório. É isso que significa, no contexto da indenização por danos morais, medir a indenização pela extensão do dano.

Isso não significa dizer, claro, que a atribuição de estimar a indenização por danos morais, classificada como *vexata quaestio* por Jeová Santos,¹²² será algum dia uma tarefa simples, independentemente do critério adotado. Muito pelo contrário, ela se apresenta como um enorme desafio para juízes e tribunais, bem como objeto de muita análise e debate por parte da doutrina, uma vez que busca compensar com um valor monetário aquilo que não pode ser avaliado monetariamente. Essa dificuldade, no entanto, não deve tornar-se pretexto para a introdução de inovação indevida no direito civil.

Assim, a interpretação que se impõe é a de que a previsão presente no art. 944, caput, do CC/2002 é também aplicável aos danos extrapatrimoniais. Não há o que se falar, portanto, em introduzir prestações de caráter punitivo no direito civil por meio da indenização destes. Isto, além de ir contra o texto expresso da lei, iria de encontro ao espírito da responsabilidade civil, que busca não a punição do responsável, mas sim o socorro a vítima.

¹²² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 117.

Finda a discussão desse aspecto da polêmica em mãos, passa-se para o último subtítulo deste capítulo, que versa sobre a eficácia punitiva que a tutela reparatória por vezes assume na prática.

3.3 Considerações sobre a eficácia punitiva da tutela reparatória

Conforme demonstrado no decorrer do presente capítulo, nosso sistema de responsabilidade civil é pautado pela reparação dos danos em detrimento de outras funções de caráter punitivo-preventivo que lhe são comumente atribuídas pela doutrina e jurisprudência. Não é da letra da lei, portanto, que é possível encontrar suporte para a aplicação de prestações de caráter punitivo no âmbito do direito dos danos. Na prática, no entanto, não é difícil de constatar que há uma certa eficácia punitivo-preventiva que vem com a aplicação da tutela reparatória da responsabilidade civil. Essa eficácia, no entanto, não deve ser confundida com sua real função.

Para o infrator, a sentença que o condena a reparar o dano, mesmo que pautada exclusivamente pela extensão deste, não será muito diferente de uma multa aplicada na seara penal de mesmo valor. É possível, claro, falar dos efeitos da condenação penal em seus antecedentes ou ainda na maior repercussão social que vem com condenação pela prática de um crime. Mesmo assim, no entanto, não há como negar a similaridade entre as duas sanções, quando tomadas *per se*, do ponto de vista do réu sucumbente em uma ação de danos.

A reparação, além de constituir fonte de reparação do lesado, gera também uma lapidação do patrimônio do responsável, que encontrar-se-á empobrecido após a quitação de sua dívida. A obrigação de reparar danos, então, certamente virá acompanhada de uma eficácia preventiva, uma vez que a mera possibilidade de ter de custear os danos que causou certamente servirá como fator de desestímulo, mesmo que, por vezes, isso não ocorra em um grau ideal.

A perda de suas posses materiais representa para a maioria das pessoas algo contraproducente, fonte de diminuição de suas condições materiais de vida e também de toda espécie de sentimento negativo. Há exceções, claro, como é o caso de certos deficientes mentais, que por estarem desconectados da realidade, não

venham a compreender as consequências da sentença ou o nexo causal existente entre sua conduta e a indenização do dano.

Nesse mesmo sentido, e como já discutido de maneira ampla anteriormente, os mais ricos certamente serão menos afetados por uma condenação pecuniária qualquer quando comparados com a grande maioria da população. Essa é, no entanto, mais uma questão de proporção; um valor suficientemente alto não passará despercebido até pelos mais afortunados.

Há de se considerar, ainda, o efeito do juízo de reprovação de sua conduta. Mesmo desconsiderando os casos de responsabilidade objetiva, de culpa leve ou levíssima, é provável que uma condenação derivada de um juízo de culpa resultará em um “corretivo moral enérgico”¹²³ do qual falava Aguiar Dias.

O jurista, por sua vez, ou pessoa que possua conhecimento da área, serão capazes de diferenciar em um plano teórico uma sanção puramente reparatória de uma sanção punitiva. Isso, no entanto, não os tornam imunes às sensações negativas advindas da perda de suas posses, de tal forma que mesmo a primeira destas surtirá sobre esses um efeito preventivo considerável.

Invertendo agora a perspectiva do causador do dano para a vítima, parece que essa, ao menos em alguns casos, não terá outro incentivo para ajuizar uma ação de danos além de retribuir o mal que lhe foi causado, principalmente em se tratando de danos extrapatrimoniais. Isso porque o valor da indenização pode ser, por uma razão ou outra, irrelevante ou insignificante para a vítima. Andrade, nesse sentido, exemplifica essa realidade usando exemplos como o do mentalmente incapaz ou do indivíduo de abonada situação socioeconômica.¹²⁴

Sobre o primeiro, pode ocorrer que, devido a sua deficiência, ele seja incapaz de obter alguma espécie de proveito da indenização por danos morais. Seria o caso, por exemplo, de dano à saúde que resulte para a vítima em um estado de coma por tempo indefinido. Aqui, a ação de danos pode ser ajuizada em seu nome para custear seu tratamento médico, mas dificilmente poderia se falar em uma

¹²³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 735.

¹²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164-167.

satisfação dos danos extrapatrimoniais sofridos, dado o estado de consciência do sujeito. Sobre situações como esta, Andrade comenta que:

Em tais situações, constata-se que o paradigma reparatório (aqui considerado em sentido amplo, englobando a compensação ou satisfação) é totalmente inaceitável. A indenização jamais atua como lenitivo, compensação ou satisfação. Sua imposição, ainda que não se reconheça expressamente, tem caráter aflagante, de punição ao infrator pelo mal causado.¹²⁵

Sob fundamento não muito dissimilar, é possível que, da mesma maneira que a indenização reparatória por vezes é demasiadamente pequena para exercer efeito dissuasório sob determinados indivíduos, a indenização advinda de danos extrapatrimoniais, mesmo que elevada, também pode ser incapaz de gerar qualquer satisfação para quem dispõe de favorável condição financeira. Dito de outra maneira:

Há pessoas economicamente abastadas para as quais uma indenização em dinheiro atua tão somente como retribuição a um comportamento ilícito ou lesivo. Em tais situações, a reparação pecuniária é pleiteada pela vítima apenas como instrumento de punição do ofensor. Pode-se, pois, pelo ângulo da motivação da vítima, falar em uma indenização *funcionalmente retributiva*.¹²⁶

O que se pretende, então, e sem necessariamente esgotar todas as nuances deste assunto, é demonstrar que a responsabilidade civil acaba de fato por ter, na prática, um caráter punitivo, quer seja pela eficácia preventiva que naturalmente advém da imposição legal de custear os danos causados a outrem, quer seja pela motivação retributiva com que muitas vezes as ações de danos são ajuizadas.

Essa eficácia prática, no entanto, não deve ser confundida com a real *ratio* jurídica por trás das tutelas legais estabelecidas por nosso sistema de responsabilidade civil. Uma coisa é, por um lado, a teleologia impressa na norma, que no caso, volta-se para a reparação dos danos. Outra coisa, por outro, são as

¹²⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 166.

consequências que a aplicação de determinada norma pode ter no mundo dos fatos, a despeito do que de fato está presente em seu conteúdo.

A eficácia dissuasória ou retributiva da responsabilidade civil, nesse sentido, nada mais é que um desdobramento lógico e natural de impôr sobre o responsável por um dano a obrigação de custear os prejuízos causados por sua conduta. Dito de outra maneira, o fator preventivo-punitivo da responsabilidade civil pode ser aqui encarado como uma feliz consequência da tutela reparatória, mas não sua razão de ser.

Muito pode ser dito sobre a questão em mãos, mas talvez ninguém tenha melhor explicado a distinção que pretende-se estabelecer neste subtítulo do que Mario Barcellona. O autor, ao tratar do tema, estabelece uma distinção entre função jurídica (*funzione giuridica*) e eficácia social (*efficacia sociale*).¹²⁷ Ao discorrer sobre o assunto, Barcellona comenta que:

É óbvio, por exemplo, que a consciência de poder ser chamado a responder pelo dano provocado pode, em qualquer medida, induzir a uma maior prudência e dissuadir daqueles comportamentos que apresentam um risco. É, portanto, óbvio, que a responsabilidade realiza de alguma forma uma função preventiva na fenomenologia dos danos. Mas isso não permite afirmar que esta eficácia dissuasiva se torne a função jurídica da responsabilidade. Tal função dissuasiva, na verdade, permanece simplesmente uma constatação sociológica até que se demonstre que a disciplina de responsabilidade civil esteja estruturada de tal modo a perseguir este resultado social, ou seja, até que se demonstre que tal escopo está incorporado na norma a ponto de determinar em todo ou em parte seu conteúdo.¹²⁸

O autor, evidentemente, parte do ponto de vista do ordenamento italiano ao tratar do assunto, mas é possível aplicar seus comentários tal como se apresentam ao ordenamento brasileiro sem muitas dificuldades. No caso, a função jurídica do sistema de responsabilidade civil brasileiro é a reparação, enquanto a eficácia

¹²⁷ BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Milão: UTET Giuridica, 2011. p. 3 et seq.

¹²⁸ “È ovvio, ad es., che la consapevolezza di poter essere chiamato a rispondere del danno provocato può, in qualche misura, indurre a maggiore prudenza e dissuadere da quei comportamenti che presentassero un tal rischio. È, perciò, ovvio, che la responsabilità svolge in qualche guisa una qualche funzione preventiva della fenomenologia dei danneggiamenti. Ma questo non consente affatto di affermare che codesta efficacia dissuasiva assurga a funzione giuridica della responsabilità. Tale funzione dissuasiva, infatti, rimane semplicemente una constatazione sociologica finché non si dimostri che la disciplina della responsabilità sia strutturata in guisa tale da perseguire proprio tale esito sociale, ossia finché non si dimostri che un tale scopo sia incorporato nella regola al punto da determinare in tutto o in parte il contenuto.” *Ibidem*. p. 3 (tradução nossa).

punitiva que por vezes a aplicação da tutela reparatória vem a assumir corresponde à sua eficácia social.

Seguindo ainda a linha de raciocínio exposta por Barcellona, fica claro que, estas eficácias sociais podem ter sido previstas ou até desejadas no momento de criação da norma, mas isso não significa que elas necessariamente corresponderão a sua função jurídica. Para que isso ocorra, é necessário observar se, no recorte da norma em si, é possível tirar tal conclusão, independentemente das possíveis considerações do legislador. Nas palavras do autor:

O ponto é que os efeitos que uma regulação normativa pode induzir sobre o comportamento social são sempre múltiplos e desiguais e que, portanto, é absolutamente arbitrário privilegiar algum deles e assumi-lo como função jurídica própria de tal normativa. Precisamente, pode-se considerar que o legislador ao elaborar uma regra tinha em mente que a sua introdução teria um certo efeito sobre o comportamento social. Mas tal consciência se torna razão da regra introduzida somente quando este resultado tiver condicionado a visão do problema que a regra vem designada a resolver, isto é, só quando se transforma no ponto de vista a partir do qual são percebidos os problemas do mundo e em relação aos quais são estruturadas as soluções jurídicas.¹²⁹

Mais Adiante, Barcellona complementa ainda que:

Assim, por exemplo, é certamente razoável considerar que o ressarcimento possa constituir uma sanção da negligência. E é também razoável supor que o legislador estivesse ciente de tal consideração no momento em que introduziu a culpa como critério de responsabilidade. Mas isto – o que quer que se diga – não legitima a afirmação de que a responsabilidade civil é chamada a desempenhar uma função sancionatória.¹³⁰

¹²⁹ *“Il punto è che gli effetti che una regolazione normativa può indurre sul comportamento sociale sono sempre molteplici e disparati e che, perciò, è assolutamente arbitrario privilegiarne taluno ed assumerlo a funzione giuridica propria di tale normativa. Precisamente, può ben ritenersi che il legislatore nel predisporre una regola abbia avuto presente che la sua introduzione avrebbe comportato un certo effetto sul comportamento sociale. Ma tale consapevolezza diviene ratio della regola introdotta solo allorché quest’esito abbia condizionato la sua veduta del problema che la regola viene deputata a risolvere, cioè solo quando si sia trasformata nel punto di vista a partire dal quale sono percepiti i problemi del mondo ed in relazione al quale sono strutturate le loro soluzioni giuridiche.”* BARCELLONA, Mario. **Trattato del danno e della responsabilità civile**. Milão: UTET Giuridica, 2011. p. 4 (tradução nossa).

¹³⁰ *“Così, ad es., è certo ragionevole ritenere che il risarcimento possa costituire una sanzione della negligenza. Ed è anche ragionevole supporre che tale considerazione fosse presente al legislatore nel momento in cui introduceva la colpa come criterio di responsabilità. Ma questo – checché se ne dica – non rende affatto legittima l’affermazione che la responsabilità è chiamata a svolgere una funzione sanzionatoria.”* *Ibidem*. p. 4 (tradução nossa).

Isso significa dizer, em suma, que uma norma jurídica qualquer, ao passar do plano abstrato para produzir efeitos jurídicos no mundo, desdobra-se em uma quase infinidade de consequências práticas, que podem ou não ter sido desejadas ou sequer previstas pelo legislador. Não haveria nenhum contra-senso em afirmar, por exemplo, que uma norma qualquer, feita com uma finalidade jurídica específica, produza resultados diversos ou até opostos a esta quando aplicada pelos juízes e tribunais de determinado país. Mas nem por isso se torna lícito atribuir função jurídica diversa à norma.

Em um cenário ideal, claro, haverá uma certa identidade entre a função jurídica e a eficácia social de um instituto jurídico ou disposição normativa qualquer, ou ao menos, uma não contradição entre as duas. Caso ocorra, no entanto, um conflito entre ambas, com a eficácia social contradizendo a função jurídica, ou caso a primeira venha acompanhada de efeitos colaterais negativos, é justificada uma atuação mais criativa do juiz, sob perspectiva da funcionalidade da norma, para contornar tais problemas.

Um exemplo disso, dentro do próprio campo da responsabilidade civil, seria a flexibilização da norma presente no art. 932, inciso I, do CC/2002.¹³¹ Essa, tomada de maneira literal, significaria que, para que os pais respondam pelos danos causados pelos filhos menores, estes teriam de estar em sua presença física. A norma, no entanto, é interpretada no sentido de que separações temporárias entre pais e filhos não são suficientes para desconfigurar o quesito da “companhia”, devendo haver uma justa causa para o distanciamento, de tal maneira a assegurar a responsabilização objetiva e o ressarcimento da vítima.¹³²

Nessa perspectiva não há, portanto, um descarte da abordagem funcional do direito. Pelo contrário, essa abordagem reforça a função da norma como fundamental para a análise do direito. Apenas se constata, novamente, que não pode haver uma primazia da função sobre a estrutura. No caso do nosso sistema de responsabilidade civil, do fato que ele possui certa aptidão para atingir certos

¹³¹ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...].”

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2, p. 832.

resultados preventivos e retributivos, não procede que seja permitido desrespeitar sua moldura jurídica.

Com isso, encerra aqui a análise da estrutura e função da responsabilidade civil no que pertine ao tema da indenização punitiva, para iniciar o próximo capítulo, que abordará a recepção do referido instituto pelo direito brasileiro.

4. A RECEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O presente trabalho, em seu capítulo inicial, estudou a natureza da indenização punitiva, conceituando-a, delimitando-a e fazendo outras ponderações consideradas relevantes. Posteriormente investigou-se a estrutura e a função da responsabilidade civil a fim de descobrir se é legítimo atribuir a ela um caráter punitivo. Agora, por fim, chegou o momento de analisar a aplicabilidade da indenização punitiva no atual direito brasileiro

A princípio, pode parecer que, diante da negativa obtida na segunda seção desta monografia, a questão da aplicabilidade da indenização punitiva já estaria resolvida. É possível, no entanto, aprofundar-se ainda um pouco mais no tema, discutindo certas nuances a fim de fornecer uma resposta mais bem fundamentada para a pergunta proposta, bem como ponderar se há maneira de superar as dificuldades que surgem contra a aplicação da indenização punitiva.

O primeiro subtítulo desta exposição, então, irá tratar do problema da legalidade, especificamente. Este compreende não somente a falta de aderência da indenização punitiva à legislação e o desrespeito à regra presente no art. 944, caput, do CC/2002, mas também o princípio da legalidade penal, ou *nulla poena sine praevia lege*, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, que será melhor explorado nesta subseção do trabalho.

Tal princípio representa, antes de tudo, o principal obstáculo enfrentado pela tese favorável à indenização punitiva no Brasil. O fato é que, uma vez constatado que essa se trata de uma pena sem previsão legal, qualquer argumento favorável à indenização punitiva perde sua força: é necessário privilegiar o que diz a Constituição Federal. No espírito de tentar manter um diálogo com a doutrina, bem como verificar se tal dificuldade é realmente insuperável, no entanto, serão abordados alguns argumentos que visam tentar relativizar tal princípio.

No segundo subtítulo deste capítulo, então, será abordado o problema do enriquecimento sem causa. O fato é que, a partir do momento que não há correspondência entre a extensão do dano e o valor da indenização, surge a preocupação de que isso configura um enriquecimento sem causa. Uma análise honesta da questão, no entanto, revela que isso só é problema quando se nega a

legitimidade da indenização punitiva; para aquele que a aceita, a causa do enriquecimento da vítima será a própria sentença

Persiste ainda, porém, a noção de que, mesmo admitindo seja possível a quantificação da indenização de tal maneira, ela não deve causar um enriquecimento da vítima a ponto de resultar em uma mudança em seu padrão de vida ou tornar a lesão algo desejável. Ocorre que esse entendimento, comum entre nossos tribunais, ao ser aplicado na prática, causa dificuldades referentes à isonomia e à efetividade da sanção, como será demonstrado. Tais dificuldades, no entanto, são passíveis de superação por meio da destinação do montante punitivo não para a vítima, mas sim para entidade pública ou privada que preste serviços para a comunidade.

Por fim, na última parte deste capítulo, será abordado a questão do caráter não penal da eliminação dos lucros ilícitos. Mais especificamente, será estudado como a indenização punitiva, se aplicada somente com essa função em mente, não constitui uma pena de fato, e que, portanto, isso poderia significar uma exceção à sua rejeição generalizada exposta até agora. Não se configurando como pena, afinal, atenua-se o problema da legalidade.

Será abordado também a noção de que a inovação da indenização punitiva - se é que poderia ainda ser assim chamada - não é necessária para cumprir a função da eliminação dos lucros ilícitos. É preferível, na verdade, aplicar a disciplina do enriquecimento sem causa. Esta opção, admitidamente, também encontra suas dificuldades, mas estas são menores e mais facilmente superáveis do que as enfrentadas pela indenização punitiva.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se agora para uma análise aprofundada de cada um desses pontos.

4.1 O problema da legalidade

O problema da legalidade é o ponto central de toda discussão acerca da introdução da indenização punitiva no direito brasileiro. Não fosse por ele, a polêmica em mãos sequer existiria. Ele se verifica, inicialmente, pela falta de aderência legal da figura em nosso ordenamento, conforme constatado no capítulo

anterior. Ali, concluiu-se não ser possível extrair de nosso sistema de responsabilidade civil nenhuma interpretação idônea capaz de permitir a aplicação da indenização punitiva em nosso País, ou ainda, de atribuir um caráter punitivo à indenização por dano moral.

Mais do que isso, conclui-se que não se trata apenas de uma inovação paralela à lei, mas sim uma inovação que ocorre *contra legem*. Isso porque o art. 944 do CC/2002, conforme estudado anteriormente, estabelece tanto um piso quanto um teto para a indenização, com seu parágrafo único abrindo uma exceção apenas para casos excepcionais e permitindo tão somente sua redução, e não sua majoração. A responsabilidade civil, portanto, e apesar de por vezes assumir uma certa eficácia punitivo-preventiva, é pautada apenas pela reparação.

A indenização punitiva, então, efetivamente se configura como uma pena sem previsão legal. Isso é especialmente grave, pois sua aplicação implica na violação do o art. 5º, inciso XXXIX da CF/88.¹³³ Este trata do princípio da legalidade penal, ou *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Com efeito, é possível deixar de lado a parte dessa fórmula que diz respeito ao crime, mas ela ainda sim é perfeitamente aplicável ao caso no que se refere às penas.

Este, longe de ser apenas mais um desdobramento, ou aspecto, do problema da legalidade, representa a maior dificuldade enfrentada pela tese favorável à indenização punitiva, uma vez que traz a discussão do plano infraconstitucional para o constitucional. Mais especificamente, o que está em jogo não é mais apenas o desvio de função da responsabilidade civil, mas sim a violação de princípio constitucional sensível.

Atento a essa realidade, Andrade, maior proponente da indenização punitiva no Brasil, sintetizou alguns argumentos destinados a relativizar a aplicabilidade do princípio da legalidade penal em relação à indenização punitiva. É interessante tratar destes não apenas para verificar se tal barreira é realmente insuperável, mas também como maneira de melhor elucidar o real alcance e natureza do princípio em questão. Para os fins deste trabalho, sua argumentação pode ser dividida em quatro pontos, que serão sumarizados e discutidos a seguir.

¹³³ “Art. 5º: [...]”

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]”
BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

O autor aduz, a um, que a diferença entre a indenização punitiva e a reparatória diz respeito tão somente ao seu fundamento e finalidade, e não à sua forma e qualidade. As duas consistem, conforme explica, no pagamento de uma quantia de dinheiro, sendo que ambas não são nada mais que respostas típicas do ordenamento à ocorrência de um dano.¹³⁴

A dois, discorre sobre como o elemento da surpresa não pode ser considerado óbice para a indenização punitiva, uma vez que o *quantum* da indenização reparatória é com frequência imprevisível. Tanto réu quanto autor, muitas vezes, encontram dificuldade em estimar a extensão do dano, o que muitas vezes é feito apenas em juízo. Destaca, ainda, que há uma carga de subjetividade na avaliação de certos valores, como os lucros cessantes, por exemplo. Argui também que não se pode falar em surpresa quanto ao dano moral pois este é sempre inestimável, isto é, não passível de avaliação econômica.¹³⁵

A três, afirma que embora a qualificação das penas fique a cargo do legislador, a quantificação das penas é essencialmente uma tarefa do juiz que procede, inclusive na seara penal, com elevado grau de discricionariedade. A exigência de um patamar mínimo e máximo para as penas, conclui, somente é aplicável às penas restritivas de liberdade e de direitos, que levam em conta apenas a gravidade do dano e a culpabilidade do agente, enquanto a pena pecuniária, além disso, deve se ater também ao seu porte econômico.¹³⁶

Para Andrade, tal distinção é importante pois confere um grau de maleabilidade ao *quantum* da pena pecuniária que seria incabível para as demais espécies sancionatórias, principalmente a privativa de liberdade, além de permitir que um crime menos grave seja punido mais severamente do que outro mais grave. Isso tudo indica, em sua perspectiva, uma menor compatibilidade das penas pecuniárias com o princípio da legalidade penal.¹³⁷

¹³⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 287.

¹³⁵ *Ibidem.* p. 287-288.

¹³⁶ *Ibidem.* p. 288-290.

¹³⁷ *Ibidem.* p. 290-291.

A quatro, conclui, apoiado na lição de Boris Starck,¹³⁸ que as penas aplicadas pelo direito penal, quando comparadas às do direito civil, são consideravelmente mais severas. O princípio da legalidade, então, usado para coibir o poder sancionador do estado, não se faz tão necessário quando lidando com penas de menor monta.¹³⁹

Os argumentos levantados são fortes, mas não podem prosperar, como será demonstrado a seguir. Quanto ao primeiro deles, é verdade que há semelhanças entre a indenização e a pena pecuniária: ambas resultam, em última instância, na condenação do réu em pagar determinado valor. Como demonstrado anteriormente, no entanto, embora a eficácia prática da reparação se aproxime dos efeitos de uma pena, isso não torna admissível a confusão entre os dois. Não é apropriado, portanto, desprezar a diferença entre a finalidade e o fundamento das duas, uma vez que um instituto jurídico que os perde de vista descaracteriza-se.

É necessário também discordar quanto à premissa de que ambas são consequências naturais do dano: a primeira, de fato, é, já a segunda, no entanto, é consequência do crime, que muitas vezes prescinde da necessidade da ocorrência efetiva de um dano para sua configuração. É o que ocorre com crimes como a omissão de socorro, que se consuma pela mera conduta omissiva, independentemente do resultado.¹⁴⁰

¹³⁸ “Elas [diferenças entre as penas da esfera civil e penal] justificam em especial a aplicação em Direito Penal do princípio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* e da regra da interpretação restritiva. Trata-se de princípios protetores da liberdade individual sem os quais não se concebe uma sociedade, pelo menos no sentido democrático da expressão. Mas é evidente que a necessidade dessa proteção se faz sentir apenas em relação aos atos provenientes dos poderes públicos capazes de causar graves ofensas à pessoa humana. Ora, só as sanções penais propriamente ditas apresentam a característica aflitiva ou infamante do tipo que poderia comprometer a liberdade individual se não estivessem elas contidas dentro dos limites de ferro das máximas que aqui comentamos. É por isso que, mesmo reconhecendo o caráter penal de certas condenações civis, não acreditamos que o princípio *nulla poena sine lege* lhes seja aplicável. A nota de infâmia, de desonra não se liga às condenações puramente civis, mesmo muito rigorosas, e a interpretação extensiva dada a certos textos de caráter incontestavelmente penal não parece ter criado o sentimento de insegurança que alguns receiam.” STARCK, 1947 *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 291-292.

¹³⁹ ANDRADE, *op. cit.* p. 291-292.

¹⁴⁰ “**Omissão de socorro**

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

Sobre a questão da surpresa, o fato é que ela não reside só no valor da sanção, mas também no próprio fato de ela ser aplicada. Assim, mesmo admitindo-se que o princípio da legalidade penal não restringe a quantificação da sanção pecuniária, o problema da legalidade não é resolvido, uma vez que ainda é necessário uma lei para autorizar o juiz a sequer aplicar tal sanção.

Também não é correto comparar a dificuldade de estimar certos danos com a imprevisibilidade de uma pena. Mesmo que este seja o caso em algumas circunstâncias, subsiste ainda a certeza de que ao menos a reparação será medida pela extensão do dano, isto é, ao menos há um parâmetro legal capaz de pautá-la. Na ausência de previsão legal, o arbitramento da sanção punitiva, por sua vez, depende apenas do arbítrio do juiz. Sobre a inestimabilidade do dano moral, tal questão já foi abordada anteriormente neste trabalho.

Sobre o terceiro ponto levantado, novamente, mesmo se fosse o caso de admitir que não é necessário que a lei estabeleça um máximo para a pena pecuniária, ainda é necessário que ela no mínimo autorize sua aplicação, ou no caso, a qualifique. Quanto a sua maior maleabilidade, quando comparadas às penas privativas de liberdade, o fato é que isso deriva da sua própria natureza. A primeira é medida em dinheiro e a segunda, em tempo.

Pois bem, assim como é natural que a medida do patrimônio entre indivíduos varie mais do que a medida de suas respectivas expectativas de vida, também é natural que as penas que impliquem uma ou outra variem em similar proporção. Dito de outra maneira, ao se constatar que a pena pecuniária varia mais que a pena privativa de liberdade, se está apenas constatando que, para atingir efeito similar em indivíduos de diferentes portes econômicos, são necessárias medidas diferentes. Uma pena pecuniária maior em termos absolutos não é necessariamente mais grave que outra de menor monta aplicada contra indivíduo menos afortunado; esta é uma questão de proporção, apenas.

Quanto ao último ponto, é verdade que dificilmente haverá alguma comparação entre as penas privativas de liberdade e as pecuniárias. Isso não significa dizer, no entanto, que a pena pecuniária não seja grave; ela tem de ser, sob pena de perder sua efetividade. Além do mais, a sua menor gravidade não autoriza a sua exclusão total do campo de incidência do princípio da legalidade penal.

O poder constituinte, ao redigir o inciso XXXIX do art. 5º da CF/88, determinou que as penas necessitam de cominação legal prévia, sem fazer distinções de tipo. Este mesmo poder, inclusive, enumerou a pena pecuniária, ao menos na forma de multa, como pena que necessita de prévia regulação legal.¹⁴¹ Assim, não é próprio alegar que a pena pecuniária civil estaria, de algum modo, excluída desta exigência.

Uma coisa seria arguir que a pena pecuniária, proporcionalmente a sua menor seriedade, necessita de um controle legal menos rígido quanto à sua incidência e quantificação; trataria-se de uma posição, admitidamente, razoável. Outra é arguir pela derrogação de preceito constitucional explícito sendo que este, a que tudo indica, não pretendeu excluir a pena pecuniária, mesmo que civil, do rol de punições que necessitam de cominação prévia.

Não se queira argumentar ser este o caso pois a pena pecuniária penal é mais grave que a civil. Isso não é necessariamente o caso, tendo em vista principalmente a falta de regulação legal nesse sentido. Caso se admita, por exemplo, a tese de que a indenização punitiva é aplicável no Brasil, pode o juiz muito bem quantificá-la para além dos parâmetros máximos do direito penal.

Na verdade, talvez o magistrado tenha de assim proceder a fim de garantir uma mínima efetividade da sanção, a depender do porte econômico do réu. Além do mais, se o próprio legislador constitucional julgou a pena de multa como grave o suficiente para necessitar de regulação prévia, não poderia ser diferente para outra pode ser tão ou até mesmo mais gravosa.

Dessa maneira, rejeita-se os argumentos acerca da não aplicabilidade do princípio da legalidade penal à indenização punitiva. Andrade argumenta, no entanto, que mesmo sendo este o caso, a proteção da dignidade da pessoa humana deve ter precedência em relação ao princípio da legalidade penal. Em suas palavras:

na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem

¹⁴¹ “Art. 5º: [...]”

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] c) multa; [...]” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.¹⁴²

A este argumento, responde como muito propriedade Pedro Ricardo e Serpa. Conforme explana: “o princípio da reserva legal também finca raízes na proteção à dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio basilar do Estado Democrático de Direito que, também a seu modo, procura garantir a segurança da vida privada.”¹⁴³ Assim, conclui que

Não nos parece admissível, portanto, que se desrespeite o princípio da reserva legal em favor da suposta proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que, em assim o fazendo, estar-se-ia cometendo outra infração, lesando-se, desta vez, não apenas os direitos do próprio ofensor (que seria punido de maneira injustificada), mas, também, reduzindo-se as condições de convivência social (vez que, em última análise, estar-se-ia permitindo a atuação arbitrária do julgador, livre para impor sanções punitivas contra quaisquer condutas que julgasse violadoras da dignidade da pessoa humana).¹⁴⁴

Com efeito, a introdução da indenização punitiva sem previsão legal, mesmo que sobre nobres pretextos, acaba por criar mais problemas do que resolver os já existentes. A legalidade, ou melhor, a falta dela, desse modo, configura-se como o maior impedimento para a aplicabilidade da indenização punitiva no Brasil, especialmente tendo em vista a repercussão constitucional do assunto. Somente a alteração legislativa, portanto, seria capaz de superar tal obstáculo, a despeito dos melhores esforços da doutrina. Esta é, no entanto, uma questão própria da política legislativa, e não do intérprete do direito.

Com esses comentários, então, se encerra aqui a discussão acerca da falta de previsão legal da indenização punitiva, seguindo para o próximo tópico acerca do enriquecimento sem causa.

¹⁴² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293.

¹⁴³ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 223.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 223-224.

4.2 O problema do enriquecimento sem causa

Em que pese a centralidade do problema da legalidade para o debate suscitado, que irá refletir inclusive na presente seção, outra questão importante e merecedora de atenção autônoma é o problema do enriquecimento sem causa. O fato é que a indenização punitiva, na medida em que consiste em valor superior ao necessário para a reparação do dano, ao ser embolsada pela vítima, acaba por enriquecê-la. Esta seção, então, irá investigar se tal enriquecimento é indevido ou não.

Nos países do *Common Law*, essa questão nunca se apresentou como um empecilho para os *punitive damages*, uma vez que nestes, embora exista a figura do enriquecimento sem causa (*unjust enrichment*), esta se configura como “marginal e pouco relevante.”¹⁴⁵ O mesmo não pode ser dito sobre o Brasil, onde a figura jurídica em mãos encontra raízes firmes. Com efeito, embora não tenha encontrado previsão explícita no Código Civil de 1916, ainda sim a maioria da doutrina defendeu sua presença no ordenamento pátrio já naquela época.¹⁴⁶ Com efeito, é possível destacar a lição de Agostinho Alvim no sentido de que:

Se determinada regra, através dos tempos, vem permanecendo sempre nas legislações em geral, embora este ou aquele sistema seja omissivo, não há dúvida que pode ser considerada como um princípio geral de direito. Exemplo: a condenação do enriquecimento sem causa.¹⁴⁷

Mais recentemente, porém, a matéria adentrou nosso direito civil codificado por ventura do Código Civil de 2002, que dedicou um capítulo para o assunto. Neste, o art. 884¹⁴⁸ tratou de estabelecer uma vedação geral ao enriquecimento sem causa

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr. 2004. p. 66.

¹⁴⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 84 *et seq.*

¹⁴⁷ ALVIM, 1968 *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 88.

¹⁴⁸ “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.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

enquanto os arts. seguintes - 885 e 866¹⁴⁹ - oferecem regulamentação adicional sobre o tema.

A própria Constituição Federal, embora não conte com previsão explícita contra o enriquecimento sem causa, pode ser interpretada no sentido de o vedar. Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni:

sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito que possui como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e um dos objetivos fundamentais a construção de uma de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), a permissão do enriquecimento sem causa não seria condizente com os padrões que emergem desse quadro constitucional.¹⁵⁰

Dessa maneira, não há dúvida que, dada a importância que o direito brasileiro dá à vedação ao enriquecimento sem causa, não é possível deixar de abordá-la nesta discussão. É necessário investigar, mais especificamente, se ela não significa, na prática, uma vedação também à indenização punitiva. Para tanto, é interessante, de início, observar o que a doutrina tem a dizer sobre o assunto, tanto de um lado quanto para outro.

A começar por Nanni, o autor opina, por exemplo, que no sentido de que por “ser equivocada a aplicação dos *punitive damages* advindos do regime *common law*, a condenação de danos extrapatrimoniais com esteio em tal teoria, com fins punitivos, patenteia enriquecimento sem causa perante o direito brasileiro.”¹⁵¹ O autor, em termos similares ao que foi defendido anteriormente neste próprio trabalho, entende também que:

Outrossim, por serem os danos punitivos uma quantia adicional às perdas e danos, que incorporam danos emergentes e os lucros cessantes, nota-se que a sua eventual aplicação perante o direito brasileiro também violaria o art. 944, *caput*, do Código Civil de 2002, pois a indenização deve ser medida pela extensão do dano, no que os *punitive damages* estariam além de tal medida, tipificando locumpletamento indevido, que é um princípio norteador do direito obrigacional e moderador de tal prática ilegal.¹⁵²

¹⁴⁹ “Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹⁵⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 352-353.

¹⁵² *Ibidem.* p. 353.

Marinangelo, em sentido contrário, apoiado na tese de que o art. 944, caput, do CC/2002 não se aplica aos danos morais (já descartada por este trabalho), conclui que não haveria o que se falar em ganhos superiores às perdas da vítima, já que essa espécie de dano sequer admite mensuração monetária.¹⁵³ Ademais, o autor entende que, mesmo se fosse esse o caso, a sentença judicial transitada em julgado seria suficiente para dar causa ao enriquecimento da vítima.¹⁵⁴ Em sentido similar, Miragem considera contraditório afirmar que a aplicação da indenização punitiva por meio de sentença judicial gera um enriquecimento sem causa, uma vez que ela própria é a causa do enriquecimento.¹⁵⁵

A sentença, de fato, é causa suficiente para a transferência de riqueza de uma pessoa para outra. É necessário, no entanto, qualificá-la, uma vez que não é toda a sentença que é legítima; ela deve estar propriamente fundamentada e embasada no direito. Afirmar o contrário seria abrir porta para todo tipo de arbitrariedade. Com isso, não se está insinuando que os autores em questão pensem de outra forma, mas é necessário apontar que o argumento de que a tutela jurídica é causa justa para o enriquecimento tem como pressuposto a legitimidade da indenização punitiva.

Recapitulando o que foi defendido até agora neste trabalho, entende-se que esta não encontra suporte na legislação positivada, bem como que sua aplicação implica em uma violação do art. 944, caput, do CC/2002 e do art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88. Com base nesses pressupostos, o enriquecimento sem causa estaria configurado. Já uma posição contrária, que rejeite tais pontos e aponte a necessidade de prevenir certos danos como justificativa suficiente para a adoção do instituto certamente chegaria em conclusão diversa.

O fato é que a problemática abordada neste subtítulo depende em grande parte da aceitação ou não da tese punitivista. Quem a nega quase que por necessidade enxerga o enriquecimento como injustificado. Já aqueles que adotam posicionamento oposto o fazem por razões que além de legitimar a aplicação da indenização punitiva, também servem como justa causa para o locupletamento.

¹⁵³ MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 109-110.

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 110-111.

¹⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

Ao nosso ver, portanto, a questão novamente remete ao problema da falta de previsão legal: sendo este o caso, o acréscimo patrimonial da vítima, na medida em que superar a extensão do dano, invariavelmente deverá ser considerado indevido. Superado, porém, o problema da legalidade, supera-se também o problema do enriquecimento sem causa, uma vez que a lei, ou mais especificamente, a sentença judicial propriamente calcada nela, passaria a dar causa ao enriquecimento.

Há algo a ser dito, no entanto, sobre a maneira como nossos tribunais têm se posicionado sobre a indenização por danos patrimoniais. Estes, conforme Dal Pizzol, apontam que na quantificação desta é necessário “compensar o mal causado, punir o ofensor e dissuadir a reiteração da conduta, sem gerar, contudo, enriquecimento sem causa em favor da vítima.”¹⁵⁶

Pois bem, o que se pode retirar desse posicionamento é que, embora esteja implícita a aceitação da legitimidade de indenizações de cunho punitivo, ao menos em se tratando de danos morais, ainda assim persiste uma preocupação com o enriquecimento sem causa. Isso significa que, embora se aceite o critério da punição, como toda sua bagagem, ele ainda não pode implicar em um enriquecimento considerado excessivo da vítima.

Dito de outra maneira, a questão do enriquecimento sem causa não se limita apenas a impedir ou não a aplicação da indenização punitiva, ao menos seguindo a visão adotada por nossos tribunais, mas atua também como uma forma de limitar sua quantificação. Assim:

Portanto, embora o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa não vede indenizações por danos extrapatrimoniais que excedam o dano sofrido, ele atua como um limite ao valor dessas indenizações, restringindo o alcance das funções punitiva e dissuasiva. Para as cortes brasileiras a indenização não pode ser elevada a ponto de a violação do direito tornar-se um benefício para a vítima, ou, ainda, a ponto de mudar o seu padrão de vida.¹⁵⁷

Essa concepção, porém, entra em tensão com a própria eficácia da indenização punitiva. Ora, se o critério mais importante para atingir um grau

¹⁵⁶ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 190

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 190.

adequado de retribuição e prevenção é o nível econômico do sujeito a ser punido, haverá certamente determinadas situações em que será necessário montante considerável, na casa dos milhões talvez, para atingir tal objetivo. Isso, no entanto, muito provavelmente irá gerar mudança no padrão de vida da vítima, a menos que se trate de pessoa já bastante afortunada

Pior do que isso, tal tensão cria uma situação anti-isonômica. Como não pode haver elevação do patamar de vida da vítima, quanto menos recursos esta tiver, menor será a punição máxima contra ilícitos que ocasionam danos morais contra sua pessoa. O oposto, por sua vez, será verdade para os ricos. Na verdade, quanto maior for a disparidade econômica entre lesado e autor do dano, mais difícil será a aplicação desse critério na prática.

Tal problema, no entanto, não é de maneira nenhuma insuperável, mesmo sem rejeitar esta concepção acerca do alcance da vedação ao enriquecimento sem causa. Para que isto ocorra, porém, é necessário primeiramente separar os montantes reparatório e punitivo da indenização. O primeiro destes, para que cumpra seu propósito, deve necessariamente ser recebido pela vítima, sob pena de perder seu sentido de ser. Já o segundo, por outro lado, cumpre sua função simplesmente pela dilapidação do patrimônio do réu, sendo o fim que se dá ao dinheiro obtido algo de caráter secundário.

Este valor, portanto, ao invés de beneficiar tão somente a parte autora vencedora de uma ação de danos pode, em todo ou em parte, ser destinado para os cofres de entidade pública ou privada sem fins lucrativos que vise benefício da coletividade ou mesmo para o custeio das atividades do judiciário. Tal solução, inclusive, não é dissimilar ao que ocorre em muitos estados americanos, que adotam os denominados *split recovery statutes*. Estes “atribuem uma parte dos valores fixados a título de *punitive damages* ao Estado ou a um fundo público, ao invés de destinar a integralidade da indenização à vítima.”¹⁵⁸

No estado da Georgia, 75% dos valores obtidos em *punitive damages* em casos de direito do consumidor (*product liability*) são direcionados para os cofres do

¹⁵⁸ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 49.

estado.¹⁵⁹ O estado do Oregon, por sua vez, atribui 60% do valor para um fundo cujo objetivo é a compensação de vítimas de crimes e 10% para fundo destinado à manutenção de cortes estaduais.¹⁶⁰ Já em Illinois, o destino do dinheiro é decidido inteiramente pelo juízo em questão, que pode livremente distribuir o montante entre o autor da ação, seu advogado e o departamento de serviços humanos do estado.¹⁶¹

Pondera-se, nesse sentido, que a fim de preservar a efetividade das sanções, seria apropriado um direcionamento tematicamente adequado do dinheiro pago pelo réu sucumbente. É possível buscar inspiração para tal proposta no art. 13 da Lei nº 7.347/85, que estabelece que o valor obtido pela indenização resultante de violação de direitos difusos ou coletivos será destinado à conselhos federais e estaduais, geridos com o auxílio do Ministério Público e membros da comunidade que visam a reconstituição dos bens lesados.¹⁶²

Uma abordagem nesses moldes evitaria este aspecto do problema do enriquecimento sem causa ao menos, além de proporcionar uma solução mais isonômica, bem como efetiva, para o dilema enfrentado pelas cortes nacionais. Isso, no entanto, ainda não seria capaz de conferir legitimidade para a indenização punitiva, o real cerne da questão. Qualquer enriquecimento da vítima, isto é, indenização para além da extensão do dano, enquanto isso, será um locupletamento indevido.

A solução ideal, novamente, seria a da alteração legislativa. Por meio dela, seria possível não só conferir legitimidade à indenização punitiva, mas também regular a distribuição dos valores coletados em juízo e estabelecer parâmetros para

¹⁵⁹ SEBOK, Anthony J. *Punitive damages in the United States*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 176.

¹⁶⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 49.

¹⁶¹ SEBOK, *op. cit.* p. 177.

¹⁶² “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.” BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**.

seu uso e fiscalização. Essa questão, no entanto, pertine a política legislativa, não sendo, portanto, os termos exatos de como isso deve ser feito objeto da análise do presente trabalho.

Dirimido o presente assunto, passa-se para o último ponto do desenvolvimento desta monografia que irá abordar o tema da eliminação dos lucros ilícitos.

4.3 Breves considerações sobre a função da eliminação dos lucros ilícitos

Como último ponto do desenvolvimento deste trabalho, cabe agora discutir um pouco sobre a função da eliminação dos lucros ilícitos. Mais especificamente, irá se tratar sobre como ela não possui, necessariamente, um caráter punitivo. Isso, longe de ser apenas uma distinção curiosa, abre portas para que se aceite a introdução de uma “indenização punitiva” no Brasil, uma vez que tal compreensão é capaz de elidir certas dificuldades enfrentadas pelo instituto.

Mais do que isso, pretende-se investigar a possibilidade de ser mais apropriado utilizar-se da vedação do enriquecimento sem causa como maneira de eliminação de lucros ilícitos, no contexto de nosso ordenamento jurídico. A viabilidade dessa solução, porém, depende da posição que se adota em relação aos contornos de tal instituto.

Cabe agora, de início, recapitular um pouco do que foi dito anteriormente acerca do assunto. A obtenção de lucros à revelia do direito sempre teve relação próxima com a indenização punitiva. No direito Inglês, a segunda categoria estabelecida por Lorde Devlin no caso *Rookes v. Barnard*, tratava justamente disto. No direito americano por sua vez, vemos casos como *Grimshaw v. Ford Motor Co.* e *BMW of North America, Inc. v. Gore* em que as companhias automotivas atuaram de maneira desleal para maximizar seus lucros em detrimento dos direitos de seus clientes.

Em todos esses casos é comum a ideia de que é necessário punir quem, visando ganho próprio, viola direito de outrem. Mais do que retribuir, porém, é necessário que a punição seja efetiva no sentido de prevenir que condutas como essas se repitam. Invoca-se assim a máxima *tort does not pay*, isto é, o ilícito não

compensa.¹⁶³ Para que isso ocorra, no entanto, é necessário, no mínimo, abater os lucros obtidos por meio deste.

A atribuição, portanto, da função de eliminação dos lucros ilícitos foi algo natural para a doutrina brasileira por ventura da transplantação da figura estrangeira para nosso País. Ao contrário do que ocorre com a retribuição e a prevenção, tal função, porém, não constitui função típica de uma pena. Isso, como será demonstrado, possui relevantes repercussões práticas.

É necessário reconhecer, antes de prosseguir, que a eliminação dos lucros ilícitos, quando tomada como extensão da função preventiva, possui um inegável sabor penal. Assim, não se está dizendo necessariamente que, da maneira como são usualmente aplicados os *punitive damages* no direito do *Common Law*, ou da maneira como usualmente defende-se a aplicação da indenização punitiva no Brasil, esta função não tenha caráter penal; não é relevante aqui fazer tal análise.

O que ocorre, no entanto, é que tomada de maneira isolada, tal função não aparenta ter um caráter necessariamente punitivo. Mesmo no direito penal, por exemplo, o confisco do produto e proveito¹⁶⁴ do crime - este uma espécie de ilícito - não é considerado uma pena propriamente dita, mas sim uma consequência da condenação penal. Esta distinção se torna mais clara quando comparamos o confisco (art. 91, II, a e b do CP)¹⁶⁵ com a perda de bens e valores (art. 43, II e 45, §

¹⁶³ DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 101.

¹⁶⁴ “**Produto do crime** (*producta sceleris*) significa a vantagem direta obtida pelo agente em decorrência da prática do crime. É o caso do relógio roubado.

Proveito do crime, por outro lado, é a vantagem indireta do crime, resultante da especificação do produto do crime (é o caso do ouro derivado do derretimento do relógio) [...]” MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011. v. 1. p. 789.

¹⁶⁵ “Art. 91 - São efeitos da condenação: [...]”

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

3º do CP),¹⁶⁶ esta última sim uma verdadeira pena para o ordenamento brasileiro. Esse entendimento encontra respaldo na lição de Fernando Capez, segundo o qual:

Não devemos confundir a perda de bens e valores, prevista como pena alternativa pela nova legislação, com o confisco dos bens que constituem instrumento, produto e proveito do crime (*instrumenta e producta sceleris* - CP, art. 91, II, *a e b*). Enquanto a perda de bens e valores é pena principal, o confisco configura mero efeito secundário extrapenal da condenação. Além disso, a nova pena atinge bens e valores de natureza e origem lícitas, o que não ocorre com o confisco.¹⁶⁷

Um raciocínio similar pode ser aplicado à indenização punitiva no sentido de que esta, se aplicada unicamente com o propósito de eliminar lucros obtidos por meio da violação de direito alheio, não deve ser qualificada como pena. Aqui, para determinar se esta é a única finalidade que ela está exercendo é necessário observar o critério que foi utilizado para quantificá-la.

Ora, da mesma maneira que a indenização reparatória é aquela que é medida pela extensão do dano e a indenização punitiva (daqui em diante denominada indenização punitiva *stricto sensu* para evitar confusões terminológicas) adquire tal caráter na medida que excede tal quantia para punir o réu, a indenização punitiva voltada para eliminação dos lucros ilícitos seria aquela que é quantificada de acordo com o necessário para abater tais proveitos.

O que isso significa pode variar dependendo da interpretação que se dá ao assunto na prática. Por um lado, é possível entender que seria apenas necessário, ou apropriado, estabelecer uma indenização que, somada ao valor já obtido pela reparação, seja igual ao valor do proveito ilícito. Por outro, poderia-se argumentar que é preferível uma sanção autônoma, por si só capaz de englobar todo o valor. Esta distinção, no entanto, embora interessante, e de maneira nenhuma irrelevante, é secundária para o argumento que se está construindo no momento.

¹⁶⁶ “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: [...]

II - perda de bens e valores; [...]

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. [...]

§ 3 ºA perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

¹⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral:** (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455. Em sentido similar: MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 4. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011. v. 1. p. 686.

Também seria possível discutir se é apropriado chamar tal modalidade de indenização punitiva, visto que não se trataria mais de uma punição propriamente dita. Pode ser útil, afinal, cunhar um termo mais descritivo, a fim de evitar confusões desnecessárias. Consternações terminológicas à parte, porém, este, novamente, é um ponto não essencial para a presente investigação.

O que realmente importa aqui é o que tal interpretação tem a dizer em relação ao problema da legalidade. Não possuindo mais caráter punitivo, não estaríamos mais diante de uma pena. Isso significa dizer, em outras palavras, que não haveria mais, portanto, conflito com o princípio constitucional *nulla poena sine lege praevia*.

Não há, claro, previsão legal para a aplicação de uma “indenização” de tal conteúdo, mas ao contrário da indenização punitiva *stricto sensu*, não se estaria desrespeitando a Lei Maior da nação. Há uma diferença substancial, há de convir, entre este remédio hipotético e outro que vai de encontro à Constituição Federal. É necessário reconhecer, no mínimo, que se trata de instituto mais facilmente defensável se comparado com a pena civil, ao menos sobre este aspecto.

A real dificuldade em tal posição estaria em localizá-lo no âmbito da responsabilidade civil, pautada pela reparação dos danos. Novamente, eventual aplicação de remédio que transcende a extensão do dano entraria em conflito com o art. 944, caput, do CC/2002. Já a criação de instituto autônomo, independente da responsabilidade civil, equivaleria a condenar a figura hipotética a um “limbo jurídico”, por assim dizer, sem bases fortes em uma ou outra área de nosso direito civil.

Nesse sentido, talvez fosse mais apropriado fundamentar a eliminação dos lucros ilícitos na vedação ao enriquecimento sem causa. Conforme afirma Rosenvald:

Quando surge um problema de restituição do lucro obtido pelo autor da violação de um direito alheio, do ponto de vista metodológico, a solução não estaria no interno do sistema de danos aquilianos, mas na técnica de solução do enriquecimento sem causa.¹⁶⁸

¹⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

Em sentido similar, Andrade comenta que a “indenização punitiva, neste aspecto [da eliminação dos lucros ilícitos], é figura limítrofe com o instituto da *restituição do enriquecimento sem causa*”¹⁶⁹ previsto no art. 864 do CC/2002. O autor também entende, porém, que tal solução não seria viável em virtude do art. 866, que estabelece o caráter subsidiário da ação de restituição.¹⁷⁰ Além disso, conforme explana:

a *actio in rem verso*, por pressupor - segundo o entendimento da maioria da doutrina - o empobrecimento do autor ou, pelo menos, a não obtenção de contraprestação que seria devida em razão do enriquecimento do réu, não seria cabível em determinados casos de violação de direitos da personalidade que não poderiam ser objeto de exploração comercial pelo próprio titular.¹⁷¹

De fato, não parece que seria com a maior facilidade que a doutrina nacional aceitaria tal interpretação: as razões expostas acima são motivo suficiente para tanto. O autor reconhece, porém, que a indenização punitiva seria dispensável, neste caso, se a figura jurídica da vedação do enriquecimento sem causa fosse interpretada “de forma a prescindir do requisito do empobrecimento concomitante de outrem e pudesse ser aplicado àquelas situações em que lucro fosse obtido ilicitamente, através da ingerência ou intromissão na esfera jurídica alheia.”¹⁷²

A indenização punitiva *stricto sensu*, como já vimos, encontra obstáculos intransponíveis para sua aplicação diante do atual ordenamento brasileiro; somente a alteração legal, nesse sentido, poderia alterar tal realidade. As objeções contra o uso da ação de restituição como maneira de capturar lucros obtidos de maneira ilícita, por outro lado, são mais facilmente superáveis. Desse modo, caso se queira concretizar a função da eliminação dos lucros ilícitos, este seria o caminho preferível. Façamos, nesse sentido, alguns esboços sobre a questão.

Primeiramente, quanto à regra presente no art. 886 do CC/2002, o fato é que ela existe para evitar que se utilize a ação de restituição quando a lei já prevê remédio diverso para determinada situação.¹⁷³ No caso do inadimplemento de

¹⁶⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 248.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 249-250.

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 250.

¹⁷² *Ibidem*. p. 251.

¹⁷³ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 265 *et seq.*

contrato, em que o devedor deixa de entregar certo bem objeto da obrigação, após adimplemento da outra parte, aplica-se a tutela do art. 389 do CC/2002,¹⁷⁴ embora fosse possível encaixar tal situação como um enriquecimento sem causa, já que o inadimplente teria obtido um proveito sem a devida contraprestação. Tutela-se, nesse sentido, as perdas e danos pela disciplina negocial das obrigações.

A ação de danos, por sua vez, tutela os danos sofridos pela vítima de ilícito ou de hipótese de responsabilidade objetiva. Estes danos, no entanto, não se confundem com os lucros obtidos pelo infrator, que em muito podem os superar. Nestes casos, estamos diante de dois problemas diferentes: a reparação do dano e os lucros obtidos às custas dos direitos de outrem.

Sob esta perspectiva, não haveria uma subsidiariedade do remédio da *actio in rem verso* em relação à responsabilidade civil, já que as duas teriam por objeto situações relacionadas porém diversas. Uma coisa é, afinal, o dano à imagem de uma celebridade (vide o caso de Elton John) que uma matéria sensacionalista pode causar, tutelável pela ação aquiliana. Outra são os lucros obtidos mediante a exploração indevida e abusiva dessa imagem, objeto da ação de restituição.

Com efeito, o art. 884, caput, em linguagem que talvez não poderia ser mais clara, determina que o indivíduo que “sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Ora, o que seria um caso como o referido se não um enriquecimento obtido à custa de outrem?

Do mesmo modo, parece que, mesmo em se tratando de direitos da personalidade não suscetíveis de exploração econômica, a tutela presente no referido artigo seria demonstra-se adequada, afinal, obteve-se um proveito injustamente por meio da intervenção injusta na esfera jurídica de terceiro. Basta, para tanto, relativizar os tradicionais requisitos da ação de restituição, adotando uma posição menos intransigente e apegada a preceitos jurídicos abstratos. Nesse sentido, conforme escreve Nanni:

Visualizada uma situação de violação dos direitos da personalidade, a qual propicie um locupletamento mediante fato injusto, não se pode afastar a

¹⁷⁴ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

aplicabilidade da ação de enriquecimento. Nesse campo, deve reinar o maior número de opções para proteger quem tem o seu direito violado.¹⁷⁵

É com esse espírito, ao menos, que se deve abordar a questão. No caso, ressalta-se que não se pretende aqui pormenorizar a questão, nem prescrever uma solução para o dilema posto. Ambas estas tarefas excederiam o objeto deste trabalho, que é a indenização punitiva. Só se está apontado que há um caminho mais apropriado do ponto de vista hermenêutico para concretizar a função da eliminação dos lucros ilícitos, que seria por meio da disciplina do enriquecimento sem causa.

De um lado, será necessário relativizar um princípio constitucional expresso, além de desvirtuar os propósitos da responsabilidade civil. De outro, será necessário tão somente expandir um pouco os limites tradicionais da ação de restituição. Ao nosso ver, esta última solução é preferível. O esforço argumentativo necessário para tanto será menor, no mínimo.

É com isso em mente que é encerrado o desenvolvimento do presente trabalho. Passemos agora para as conclusões.

¹⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298.

5. CONCLUSÃO

Todo trabalho científico busca responder uma pergunta. No caso deste, o questionamento formulado foi “a indenização punitiva é aplicável no Brasil, dada a maneira como seu ordenamento jurídico atualmente se configura?” Finda a presente investigação, a conclusão que se impõe é negativa, confirmando assim a hipótese traçada na introdução. Cabe agora retrazar o caminho trilhado para chegar em tal conclusão.

Inicialmente, foi estudada a natureza da indenização punitiva a fim de determinar melhor seus contornos e oferecer uma base teórica sólida para a subsequente análise. Em particular, foi estudado como a dinâmica da indenização punitiva se desenvolve nos países do *Common Law* - Inglaterra e Estados Unidos em especial - devido a maior experiência destes com a questão em mãos.

Nestes, no campo do *tort law* (responsabilidade civil extracontratual), existem os *compensatory damages* (indenização reparatória), destinados ao ressarcimento dos danos sofridos pela vítima. Ao lado destes, existem então os *punitive damages* ou *exemplary damages* (indenização punitiva), prestações extras, superiores ao dano, aplicáveis quando a conduta do ofensor for considerada especialmente grave, com o intuito de puni-lo.

Estes surgem, efetivamente, na Inglaterra do séc. XVIII, em casos envolvendo abusos de autoridade por oficiais do governo. Esta espécie de caso constitui uma das duas hipóteses de aplicação dos *exemplary damages* atualmente reconhecidas pelo direito inglês. A segunda concerne situações em que o ofensor agiu de maneira calculada, buscando compensar o valor de eventuais indenizações com os lucros obtidos por meio do ilícito.

Em qualquer uma dessas hipóteses, de qualquer maneira, os *exemplary damages* são subsidiários aos *compensatory damages* em virtude do teste *if, but only if*, isto é, os primeiros são somente aplicáveis se estes últimos não forem punição suficiente para o réu.

Os *punitive damages* também possuem longa história no direito americano, remontando ao caso *Genay v. Norris*, também do séc. XVIII. Atualmente, porém, as hipóteses de incidência dos *punitive damages* são muito maiores nos Estados

Unidos que na Inglaterra, o que se deve em parte à ampla liberdade que cada estado da federação tem para regular seu próprio direito.

Foi, no entanto, possível destacar certos casos de forte repercussão nacional. Foram estudados com mais profundidade, especificamente, os casos *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, que envolveu situação aparentemente banal, mas com graves consequências para a parte ofendida; *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, em que a companhia Ford preteriu a segurança de seus clientes em prol dos lucros, ocasionado uma morte; e *BMW of North America v. Gore*, que tratou de conduta fraudulenta por parte da BMW.

Este último caso, nota-se, envolveu tão somente danos patrimoniais. Contrasta-se isso com o Brasil, onde a indenização punitiva está intimamente relacionada com a indenização do dano moral. Aqui a doutrina defende que a tutela dos danos morais, além de apenas reparar os prejuízos da vítima, deve punir o causador do dano. Nesse sentido, não haveria uma separação entre o montante punitivo e o reparatório como ocorre no *Common Law*.

O argumento utilizado para justificar tal posicionamento é, em suma, que os prejuízos morais não são mensuráveis economicamente como os danos patrimoniais. Sua reparação, então, não estaria restrita pela regra do art. 944, caput, do CC/2002, que estabelece como limite da indenização a extensão do dano. Assim, torna-se possível, com base nessa noção, majorar a indenização por danos morais para além do necessário para reparar o dano com o intuito de punir o infrator.

É a quantificação da indenização, então, que a torna uma pena. Com efeito, é possível dizer que ela se torna punitiva na medida que excede o necessário para reparar o dano. Não há, claro, uma necessidade intrínseca de vincular a indenização punitiva ao dano moral, mas é isso que acaba ocorrendo em nossa realidade.

De qualquer maneira, o que se busca efetivamente com a punição são essencialmente duas coisas: a retribuição e a prevenção. A retribuição pode ser entendida como punição enquanto fim em si mesma, realizada por uma questão de justiça. Já a prevenção está relacionada com o poder dissuasório da pena; evita-se que condutas similares se repitam devido ao temor causado pela punição estatal.

A prevenção, além disso, também se desdobra na função de eliminação dos lucros ilícitos. O fato é que, muitas vezes, é economicamente proveitoso ao infrator

violar direito alheio apesar da indenização, incentivando-o a repetir o ilícito. Assim, a fim de atingir nível adequado de prevenção, busca-se remover de seu patrimônio os proveitos obtidos mediante violação da lei.

Essas funções se refletem diretamente na quantificação da indenização punitiva. Para que elas se efetivem, é necessário levar em consideração, principalmente, o porte econômico do infrator. Somente assim a punição surtirá algum efeito, por exemplo, contra os ricos ou grandes empresas. Além disso, outros fatores importantes a serem observados incluem a gravidade da ofensa, o grau de culpa do ofensor e o montante dos lucros ilícitos auferidos.

Feitas essas considerações de caráter preliminar, foi analisada, então, a estrutura e a função da responsabilidade civil. Essa análise foi feita com base na ideia de que embora a “moldura” do direito admita múltiplas interpretações, e seja aceitável preferir aquela que melhor cumpra as funções de determinada norma ou instituto, é necessário ainda respeitar certos limites hermenêuticos sob pena de desvirtuar a lei.

Com efeito, é isso que ocorre quando é atribuída uma função punitiva à responsabilidade civil. A tutela prescrita pela legislação em resposta ao dano, afinal, é tão somente a reparação, quer se trate da responsabilidade subjetiva ou objetiva. Além disso, verificou-se também que a regra presente no art. 944, caput, do CC/2002 determina que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, ou seja, não pode ser aquém ou ir além dele. Tal norma não é nada mais, efetivamente, que a aplicação prática do princípio da reparação integral.

Não é possível, da mesma maneira, interpretar o parágrafo único do referido dispositivo de tal maneira a inferir que este permita a majoração da indenização devido ao elevado grau de culpa do sujeito infrator. Sua redação, explicitamente, permite apenas a minoração equitativa da indenização em caso de desproporção entre a culpa e o dano, e não o seu contrário. Ir além disso significa transgredir os limites da moldura da norma.

A inserção de prestações de caráter punitivo no âmbito da indenização do dano moral também merece críticas. A responsabilidade civil, afinal, é pautada pela reparação, e não pela punição. Além do mais, a ideia de que a regra da extensão do dano não se aplica neste caso não sustenta-se sobre uma análise mais atenta. O

fato é que, mesmo sem a precisão aritmética da estimação do dano patrimonial, ainda é possível estimar a extensão do dano moral, ao menos no sentido de ponderar sua gravidade.

Em se tratando da integridade física, por exemplo, algumas ofensas são claramente mais graves do que outras. Algumas possuem caráter superficial, enquanto outras são mais sérias, duradouras, e afetam a capacidade do ser humano de desfrutar de prazeres básicos da vida. Já no que se refere às ofensas à honra, é possível levar em consideração fatores como se ela foi proferida em público ou não e suas repercussões concretas na vida do ofendido para ponderar sua extensão. Desse modo, concluiu-se que a extensão, ou gravidade do dano moral, é o único critério aplicável para a quantificação de sua indenização.

Pode-se dizer, claro, apesar de todas essas considerações, que mesmo a indenização quantificada unicamente pela extensão do dano possuirá uma certa eficácia punitiva. Do ponto de vista do possível ofensor, ela atua como fator de desestímulo, já que este terá que arcar com os custos do dano. Da perspectiva da vítima, por sua vez, pode ocorrer que em alguns casos ela não tenha outro motivo para ajuizar a ação de danos a não ser como forma de retribuição do mal que sofreu.

Esta eficácia punitiva, no entanto, não deve ser confundida com o real propósito da responsabilidade civil, que é a reparação do dano. Fala-se, nesse sentido, da diferença entre a função jurídica e a eficácia social da norma. A primeira corresponde à função que se extrai da norma em si, já a segunda corresponde aos desdobramentos de fato que sua aplicação possui na sociedade.

Estas duas podem ou não coincidir, a depender da norma em questão. Não é válido, porém, tentar extrair a função jurídica de um determinado dispositivo legal a partir de sua eficácia social. Assim, pode até ser que a responsabilidade civil possua um certo efeito punitivo, e pode ser até mesmo que o legislador o tenha previsto e desejado, mas isso não significa dizer, de nenhuma maneira, que esse seja seu verdadeiro propósito ou função jurídica.

A introdução de uma indenização punitiva no ordenamento brasileiro, portanto, consiste em uma inovação sem base legal. Não somente isso, mas vai também de encontro à regra prevista no art. 944, caput, do CC/2002, configurando-a

como uma inovação *contra legem*. Por fim, e de maneira mais grave, verificou-se que, em se tratando de uma pena sem previsão legal, também há uma violação do princípio constitucional da legalidade penal.

Estas dificuldades, porém, não passaram despercebidas pela doutrina, que não se manteve inerte diante delas. Destaca-se, nesse sentido, a vigorosa defesa da indenização punitiva por Andrade. O autor buscou, em suma, relativizar o princípio da legalidade das penas argumentando que a menor gravidade da indenização punitiva a exclui do campo de incidência deste. Afirmou também que, de qualquer maneira, mesmo não sendo esse o caso, o princípio da proteção da dignidade humana deve prevalecer sobre o outro.

Conforme verificou-se, no entanto, não é razoável excluir totalmente a indenização punitiva do campo de incidência de tal princípio. É o caso de exigir, no mínimo, uma lei que autorize, ao menos de maneira genérica, o juiz a majorar a indenização com fins punitivos em mente. Quanto ao seu argumento em relação à dignidade da pessoa humana, verificou-se que o próprio princípio da legalidade penal deriva dela, não sendo coerente invocá-la como maneira de derogá-lo. O problema da legalidade, portanto, é fatal para a tese favorável à indenização punitiva.

Além do problema da legalidade, abordou-se também o problema do enriquecimento sem causa. O fato é que tal questão nunca foi grande problema nos países de *Common Law* dada a baixa importância ali atribuída ao instituto do *unjust enrichment* (enriquecimento sem causa). A vedação ao locupletamento indevido, no entanto, possui fortes raízes em nosso ordenamento, de tal maneira que ele se configura como empecilho para a indenização punitiva, uma vez que esta excede a extensão do dano.

Isso, claro, não é problema para aquele que vê a indenização punitiva como legítima. Sendo sua aplicação justa e devida, não há enriquecimento sem causa; a própria sentença do juiz, desde que devidamente fundamentada, seria causa suficiente para o ganho da vítima. Esta não foi, claro, a posição adotada por este trabalho, já que, devido aos motivos anteriormente apontados, este parte do princípio de que a indenização punitiva configura-se como figura sem respaldo no ordenamento, sendo, portanto, ilegítima.

Subsiste ainda, porém, certa preocupação de que, mesmo sendo a indenização punitiva legítima, ela não pode desencadear um enriquecimento excessivo ou mudança no padrão de vida da vítima. Essa noção, no entanto, conflita com a efetividade da indenização punitiva, além de gerar situações não isonômicas. É possível encontrar solução para tal dilema, no entanto, observando o exemplo do direito americano, em que os *split recovery statutes* distribuem o valor obtido de diversas maneiras para atender interesses públicos.

Um último ponto abordado neste trabalho foi a função da eliminação dos lucros ilícitos da indenização punitiva. No caso, ela foi tratada até então como um desdobramento da função preventiva. Constatou-se, no entanto, que tomada de maneira isolada, tal função não possui um caráter punitivo. Ora, se nem mesmo no direito penal o confisco do produto e proveito do crime é considerado uma pena, quanto mais não será o confisco do lucro ilícito no direito civil.

A consequência disso é clara: não sendo a eliminação dos lucros ilícitos uma pena, o problema da legalidade é abrandado significativamente, uma vez que não se viola mais dispositivo expresso da Constituição Federal. Isso, claro, não resolve a questão por inteiro: ainda não há previsão legal para tal modalidade de indenização. Mais do que isso, o fato é que, ao retirar o caráter punitivo da figura jurídica em mãos, sua essência se perde, de tal maneira que mal se pode falar mais em indenização punitiva.

O que se sugere, então, é que, a fim de concretizar a função eliminadora dos lucros ilícitos no direito das obrigações, o caminho mais apropriado não é por meio da responsabilidade civil, e sim por meio da disciplina do enriquecimento sem causa. As dificuldades hermenêuticas, ao menos, são menores nesta via; basta interpretar a ação de restituição de maneira mais flexível.

Seria possível, inclusive, uma vez constatada a inaplicabilidade da indenização punitiva no Brasil, realizar uma nova pesquisa com o intuito de arguir pela ação de restituição como meio de eliminação dos lucros ilícitos. Tal alternativa, claro, não é sem suas limitações; diante do seu caráter não punitivo, não será possível, por exemplo, atingir um grau ideal de prevenção, já que não será possível

ir além dos lucros obtidos pelo infrator.¹⁷⁶ Ela é, no entanto, mais viável, ao menos se aceitas as premissas estabelecidas por este trabalho.

Em uma nota final, conclui-se que, uma vez comprovada a inaplicabilidade da indenização punitiva, pelas razões acima expostas, que caso se deseje a introduzir no Brasil, o meio apropriado é o processo legislativo. A pergunta se isto deve ou não ocorrer, e como, no entanto, não pertine ao jurista enquanto intérprete do direito, mas sim à política legislativa.

¹⁷⁶ Conforme demonstrado no item 2.3, o ideal seria transcender os lucros obtidos pelo ofensor a fim de garantir que a reiteração da atividade ilícita não se torne lucrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACTUAL DAMAGES. *In: Merriam-Webster's dictionary of law*. Springfield: Merriam-Webster, 1996. p. 119.
- ALVIM, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968. v. 1.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages** na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- BARCELLONA, Mario. **Trattato del danno e della responsabilità civile**. Milão: UTET Giuridica, 2011.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Penas privadas e responsabilidade civil. *In: PIRES, Fernanda Ivo (org.) et al. Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 257-268.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualização por Eduardo C. B. Bittar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2 v.
- GARDNER, John. *Some types of law*. *In: EDLIN, Douglas E. (ed.). Common Law theory*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 51-77.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. O 'tort' anglo-saxão e norte-americano. *In: PIRES, Fernanda Ivo (org.) et al. Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 528-537.
- JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4., 2002, Brasília. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de

Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 10 fev. de 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOZIOL, Helmut. *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 275-308.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina dos contratos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643>. Acesso em: 27 de dezembro de 2022.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011. v. 1.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies das obrigações**. Atualização por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

_____. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo, v. 17, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

_____. **Responsabilidade civil**. Atualização por Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PUNITIVE DAMAGES. *In: Merriam-Webster's dictionary of law*. Springfield: Merriam-Webster, 1996. p. 120.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

RUSTAD, Michael L. *The closing of punitive damages' iron cage*. **Loyola law review**, Los Angeles, v. 38, n. 3, p. 1297-1420, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol38/iss3/9>. Acesso em: 18 de mar. 2023.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SEBOK, Anthony J. *Punitive damages in the United States*. *In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 155-196.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 387 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2.

TORT. *In: A dictionary of law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 500.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). ***Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives***. Viena: Springer-Verlag Wien New York, 2009. p. 7-53.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 838.550. Recorrente: TVSBT - Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: Marcelito da Silva Lima e Outros. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 21 mai. de 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200601044328. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 265.133. Recorrente: Mesbla loja de departamentos S/A. Recorrida: Carmen Valéria Noval de Souza. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 19 set. de 2000. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200000641030. Acesso em: 24 mar. de 2023.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível n. 5010091-60.2020.4.04.7002. Apelados: Caixa Econômica Federal - CEF. Loibras S/A. Apelantes: Andrielle Sofia Marques Brum. Gabrielle Aparecida Marques Brum. Dagmara Marques. Relator: Des. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, 10 ago. de 2022. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_

pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010091-60.2020.4.04.7002&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=. Acesso em: 24 mar. de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 0027751-20.2021.8.21.7000. Apelados: Cooperativa de Pequeno Agropecuaristas de Campinas do Sul - COOPS. Ministério Público. Apelante: Os mesmos.. Relator: Des. João Moreno Pomar, 26. set. de 2022. Disponível em:
https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=00277512020218217000&numero_processo_de_sktop=00277512020218217000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 24 mar. de 2023.

SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1000653-86.2019.8.26.0238. Apeladas: Beatriz Ester de Goés. P H Comércio de Veículos Ltda. Apelantes: As mesmas. Relator: Des.^a Rosangela Maria Telles, 22 mar. de 2023. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1000653-86.2019&foroNumeroUnificado=0238&dePesquisaNuUnificado=1000653-86.2019.8.26.0238&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?Documento=19>. Acesso em: 24 mar. de 2023.