
UM BREVE ENSAIO SOBRE A EVOLUÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS PAÍSES DO *COMMON LAW* E SUA CORRESPONDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*A SHORT ESSAY ON THE EVOLUTION OF PUNITIVE DAMAGES IN
THE COMMON LAW COUNTRIES AND ITS CORRESPONDENCE IN
BRAZILIAN LAW*

Danilo Barbosa de Sant'Anna

*Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito.
Advogado da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Origem da Função Punitiva da Responsabilidade Civil; 2 O Distanciamento entre a Função Sancionadora e a Função Reparadora da Responsabilidade Civil; 3 A Reaproximação da Pena e da Responsabilidade Civil. A Origem dos *Punitive Damages* no Reino Unido; 4 O Desenvolvimento dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos; 5 A Função Punitiva do Dano Moral no Brasil; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa a abordar, de forma breve e sintética, a origem do fenômeno da reponsabilidade civil punitiva e seu desenvolvimento nos principais países do *common law* (Inglaterra e Estados Unidos). Busca-se demonstrar o caminho percorrido pelo instituto dos *punitive damages* desde o Direito Romano, até os contornos atuais das verbas punitivas no ordenamento jurídico norte-americano. Por fim, demonstrar-se-á que, embora o sistema brasileiro não reconheça expressamente a função punitiva das indenizações, amplia-se a concepção de dano moral para abarcar tal função, fato este que gera insegurança jurídica na apreciação do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil Punitiva. *Common Law*. *Punitive Damages*. Estados Unidos. Dano Moral.

ABSTRACT: The present study aims to address, briefly, the origin of the phenomenon of the civil punitive responsibility and its development in the major common law countries (England and United States). It attempts to show the path of the institute of the punitive damages from the Roman law until the current characteristics of the U.S legal system. Finally, it will show that although the Brazilian system does not recognize explicitly the role of punitive damages, it broadens the concept of moral damages to cover such a function, a fact that generates legal uncertainty of the assessment of the issue.

KEYWORDS: Punitive Responsibility. Common Law. Punitive Damages. United States. Moral damage.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil punitiva é tema de relevante importância no contexto de prevenção e punição de condutas ilícitas praticadas em diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo nos países do *common law*.

O presente estudo visa a abordar, de forma breve, a evolução do fenômeno da responsabilidade civil punitiva, identificando suas origens e os principais momentos históricos os quais levaram a criação do instituto dos *punitive damages*.

O ensaio se concentra no exame dos contornos da responsabilidade civil punitiva nos principais países submetidos ao *common law* (Inglaterra e Estados Unidos).

Ao final, faremos uma breve análise das características do sistema brasileiro de responsabilidade civil punitiva, sua relação com a extensão do conceito de danos morais e as consequências do não reconhecimento expresso de uma categoria independente de punição cível.

1 A ORIGEM DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Nas sociedades primitivas, o objetivo de vingança era o primeiro a ser perseguido contra o autor de um delito.¹ Historicamente, o sentimento de revanchismo em razão de um malfeito, sempre esteve presente nas condutas dos povos antigos.

A pena privada servia como resposta ao cometimento de ilícitos socialmente reprováveis². Nesse sentido, a carga emotiva relacionada com o sentimento de vingança do sofredor do dano fez parte da própria origem da ideia de justiça difusa.³

Observa-se, pois, que, originariamente, o sistema de responsabilidade civil nasceu voltado à punição do autor do delito, preocupando-se, de antemão, em punir o indivíduo.

A preocupação com a apreensão do ato ilícito, movida pelo sentimento de vingança inato aos seres humanos, refletia à associação dos comportamentos antijurídicos ao ideal de reprovação.

1 FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p.153.

2 Nesse sentido se destacam o Antigo Testamento; Código de Hamurabi; A Lei do Talião; o Código de Manu; e a Lei das XII Tábuas.

3 LEVY, Daniel de Andrade *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas* – São Paulo: Atlas, 2012. p.33: “Ora, em meio a uma sociedade vitimizada, carente de medidas de punição e prevenção adequadas, a Responsabilidade Civil surge, sobretudo graças ao seu caráter fragmentário, como instrumento de predileção de uma justiça difusa.”.

No Direito Romano, marco importante da responsabilidade civil punitiva, pode-se identificar uma atenção da sociedade mais voltada à reprimenda do ato do que na reparação dos danos. As denominadas ações penais mistas buscavam tanto a reparação como a punição do autor da *delicta privata*.

Considerando que com as *actiones mixtae* já se podia enxergar uma preocupação punitiva no direito privado, a maior parte da doutrina considera o Direito Romano como ponto de origem de uma responsabilidade civil punitiva.⁴

Daniel de Andrade Levy cita como exemplos de diplomas que previam delitos privados mesmo antes do desenvolvimento do Direito Romano, a Lei das XII Tábuas (delito de *furtum*) e a *Lex Aquilia* (Capítulo I e III).⁵

Portanto, o caráter punitivo da responsabilidade civil é característica indissociável do comportamento das sociedades antigas, sendo o Direito Romano o marco inicial relevante na reprimenda civil dos atos ilícitos privados.

2 O DISTANCIAMENTO ENTRE A FUNÇÃO SANCIONADORA E A FUNÇÃO REPARADORA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Algumas razões são identificáveis para o distanciamento histórico entre a função punitiva da responsabilidade civil e a reparação do dano causado no âmbito privado das relações jurídicas.

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que para a burguesia recém-detentora do Poder após a Revolução Francesa, era necessário limitar os poderes dos juízes, formados no regime anterior, sobretudo no que diz respeito à atribuição de caráter punitivo às indenizações.⁶

As consequências negativas geradas pela aplicação das penas privadas corporais nos grupos, notadamente quanto ao enfraquecimento físico dos indivíduos, levou à substituição gradativa do regime da *vindicta* pelo da composição.⁷

Destaca-se ainda, a tentativa de distanciamento da vingança como fundamento da responsabilidade civil e o intuito de neutralizar as

4 LEVY, op. cit., p.38.

5 Ibid., p. 38.

6 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

7 FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 153.

influências da moral cristã, como fatores preponderantes à concentração da disciplina em torno da vítima (dano).⁸

Nesse contexto de separação entre a sanção do ato ilícito e a reparação do dano causado pela conduta reprovável, é que surge a dicotomia entre Direito Privado e Direito Público.

A partir dessa divisão, passou a caber ao Estado a função de reequilibrar as punições impostas aos infratores. As sanções foram retiradas do Direito Privado e situadas no Direito Público, através do Direito Penal.⁹

A referida dicotomia foi responsável pela extinção no âmbito da responsabilidade civil da imposição de penas privadas. A função de punir ficou reservada ao direito público-penal.

Solidificou-se, principalmente nos ordenamentos romano-germânicos, a ideia de que à responsabilidade civil cabia a recomposição do dano, e, à responsabilidade penal, a sanção e a prevenção de novas condutas lesivas.

Na época pós-clássica com o fortalecimento do Império Romano, as ações penais são transferidas para um verdadeiro Direito Criminal, sob a autoridade do Imperador. O Direito dos Delitos, antes privado, passa a situar-se dentro do controle estatal, com uma distinção nítida entre procedimento civil e procedimento penal. O juiz criminal passa a ser competente para atribuir à vítima uma compensação e destinar ao Estado a pena pecuniária.¹⁰

Vê-se, assim, que a dicotomia entre Direito Público e Privado, nasce do anseio do Estado de controlar as punições e sanções antes aplicadas no âmbito privado das relações intersubjetivas.

O afastamento entre pena e indenização representou, na verdade, a limitação da responsabilidade civil à circunscrição da reparação do dano. Enquanto isso, a sanção pelo cometimento de condutas contrárias ao convívio social restou confinada nas mãos do Estado por meio do Direito Penal.¹¹

8 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

9 SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

10 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.39. O autor faz referência ao fato dessa separação entre pena e indenização ser muito mais uma opção política do que técnico-jurídica: "Percebe-se como a progressiva distinção entre crime e delito entre público e privado e entre pena e indenização decorreu muito mais de um anseio político de dominação estatal do que de um fundamento verdadeiramente técnico jurídico.", p. 39.

11 *Ibid.*, p.39: "O *delictum* se transforma em ação civil pura, baseada apenas na reparação, enquanto a sanção é deixada ao *crimen*, no âmbito estatal. Mesmo nos casos dos delitos privados que conservaram um cunho

3 A REAPROXIMAÇÃO DA PENA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL. A ORIGEM DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO REINO UNIDO

Após a separação conceitual ocorrida no Direito Romano entre pena e indenização, após 18 (dezoito) séculos, eis que no Reino Unido, constata-se a reaproximação dos dois institutos.

Este movimento se deu, notadamente, como um reflexo do contexto vivido à época em meados do século XVIII, contexto este marcado por condenações cada vez maiores dos júris ingleses em casos de danos extrapatrimoniais, sobretudo de violações à honra.¹²

Os ingleses passaram a enxergar uma função não apenas compensatória dos danos extrapatrimoniais, mas também, uma função sancionatória das condenações cíveis.

Surge o conceito de *pain and suffering*, relacionado com a dor e sofrimento como forma de identificar e compensar os danos extrapatrimoniais. Passou-se a investigar a consequência do ato lesivo (dor e sofrimento), como forma de reparar os danos extrapatrimoniais causados.

Tal conceito se assemelha muito mais aos danos morais característicos dos ordenamentos romano-germânicos, que propriamente aos *punitive damage*. Isto porque, a essência dos danos morais desses ordenamentos se relaciona mais com a investigação da dor subjetiva de quem sofreu o dano, do que com a punição do causador do dano.

Outro instituto relacionado com os *punitive damages* é o *agravated damages*, o qual consistia na resposta ressarcitória aos ilícitos de especial gravidade.¹³

Ao final do século XVIII a categoria dos *exemplares damages* surge como forma de justificar indenizações elevadas no caso de prejuízos intangíveis, decorrentes de *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*.¹⁴

Vale frisar, que, muito embora a existência de alguns institutos relacionados com responsabilidade civil punitiva, até durante grande

punitivo, passou—se a distinguir aquilo que era compensatório daquilo que era punitivo, como no caso da pena do triplo, em que o *simplum* era concedido a título de compensação e, o resto, a título de punição.”

12 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p.44.

13 A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. Penas Civiles y Daños Punitivos. *Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p.11.

14 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

parte do séc. XIX, os tribunais ingleses não impunham, separadamente, um valor referente aos danos compensatórios e outro atinente à punição do ofensor.

Como já foi salientado, a reponsabilidade punitiva se vislumbrava a partir da estipulação de altos valores indenizatórios os quais abarcavam tanto a compensação dos danos como a sanção pela prática do ato ilícito.¹⁵

Ao longo do século XIX, os danos extrapatrimoniais foram se destacando dos *exemplares damages*. Afasta-se definitivamente a categoria dos danos morais compensatórios e a categoria da indenização punitiva como forma de reprimir uma conduta deliberadamente desrespeitosa.¹⁶

O berço propriamente dito dos *punitive damage* se deu na Inglaterra em casos que se referiam à abuso de poder por parte de agentes do governo monárquico. Em 1763, no famoso caso *Huckle vs. Money*, em razão da prisão abusiva de um editor de jornal a mando de um Secretário de Estado, foi imposta uma indenização punitiva superior ao suposto dano causado ao particular.¹⁷

Assim, os *punitive damages* no Reino Unido nascem e se desenvolvem a partir de uma reprovação especial a condutas que representassem abusos de poder injustificado.

Com efeito, é apenas em 1964 com o caso *Rookes v. Barnard* que são traçados os limites e as funções do instituto na Inglaterra. Estabelecem-se três hipóteses de concessão de indenizações punitivas (*categories test*): a) condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais de servidores do governo; b) condutas lesivas cujos custos eventuais das indenizações seja inferior ao lucro que delas pode resultar para o ofensor; d) quando expressamente previsto em lei.¹⁸

Como se percebe, o sistema inglês de responsabilidade punitiva se calcou em hipóteses estreitas de cabimento de penalidade cíveis.¹⁹ As principais críticas a esse sistema de responsabilidade civil punitiva se concentram em dois aspectos: 1º) não enquadramento de um sem número

15 GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 35.

16 *Ibid.*, p. 49. O autor menciona ainda o caso *Morse v. Auburn & Syracuse R.R.* como paradigma para essa separação.

17 *Ibid.*, p.11. Outro caso paradigma é o *Wilkes v. Wood*.

18 *Ibid.*, p. 50.

19 Para maior aprofundamento nos casos paradigmas que flexibilizaram a utilização dos *punitive damages* no Reino Unido, a exemplo do caso *Kuddus v. Chief of Leicestershire Constabulary*, ver LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

de casos passíveis de responsabilização punitiva aos estreitos critérios estipulados pela jurisprudência inglesa; 2º) inexistência de garantias, no âmbito privado, que possam legitimar a aplicação de sanções.

4 O DESENVOLVIMENTO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS ESTADOS UNIDOS

De acordo com definição trazida por Paula Meira Lourenço, os *punitive damages* são indenizações que não compensatórias ou nominais, são impostas a indivíduo como forma de punir uma conduta inadmissível e prevenir que ele ou outra pessoa possa repetir a conduta lesiva.²⁰

A colonização britânica dos Estados Unidos implicou em diversas influências no ordenamento jurídico dos colonizados, inclusive, na importação da figura dos *punitive damages*.

Os primeiros casos de *punitive damages* nos EUA resultam de insultos e humilhações sofridos pela vítima no caso *Genay v. Norris* em 1784²¹. Com a revolução industrial, os acidentes nas fábricas americanas tornaram-se grandes fontes de indenizações punitivas até meados do séc. XX.²²

A partir de meados do séc. XIX, os tribunais passaram a enunciar expressamente que os *punitive damages* eram atribuídos como forma de punir o agente e prevenir que outros membros da sociedade praticassem o mesmo comportamento lesivo.²³

Nos Estados Unidos, o dano moral passou a ser concedido sob uma rubrica em separado (*pain and suffering*), no âmbito da indenização exclusivamente compensatória. Nas palavras de Vitor Fernandes Gonçalves, “essa rubrica é entendida como um elemento das perdas e danos destinado à reparação de todas as formas de sofrimento consciente, mental e/ou físico”²⁴.

A partir da década de 70, especialmente no que tange aos danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*), é que o instituto

20 Tradução livre. No original “damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.”. Restatement (Second) of Torts § 908 1979. Definição trazida por LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 169.

21 Nesse caso foi discutida a conduta de um médico que havia colocado, por brincadeira, uma droga inofensiva no copo de um doente, causando-lhe enormes dores.

22 Ibid., p. 55.

23 LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p.170.

24 Ibid., p.37.

dos *punitive damages* passa a ser consideravelmente utilizado pelos juízes, gerando indenizações não raro milionárias.²⁵

Dos 50 (cinquenta) estados americanos, apenas 5 (cinco) estabelecem como regra a proibição dos *punitive damages*: Luisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire e Washington.

No Alabama, Colorado e Illinois não se aceitam as verbas punitivas em casos de conduta médica, enquanto que no Kansas, Kentucky, Oregon e Texas são vedadas nos casos de responsabilidade de laboratórios.²⁶

Destaca-se a previsão no *Century Code* da Dakota do Norte no sentido da condenação em *punitive damages* do réu a título de exemplo e no intuito de punir o demandado.²⁷

No ordenamento estadunidense, observa-se uma preocupação marcante com o caráter preventivo das indenizações a título de *punitive damages*. Vislumbra-se uma função social no litígio, a qual transcende a própria indenização do sofredor do dano, e situa a indenização punitiva como forma de prevenir novas condutas lesivas à sociedade.

Essa preocupação com a função preventiva da indenização levou o ordenamento jurídico norte-americano a estipular indenizações completamente desproporcionais à dimensão individual dos danos causados. Por isso, a principal crítica que se faz aos *punitive damages* nos EUA é a imprevisibilidade, a incongruência entre as situações levadas a juízo e as altas indenizações recebidas pelos autores das ações.

No Direito norte-americano, dois célebres casos tornaram-se marcos tanto da exacerbação da função punitivo-preventiva das verbas punitivas, como da desproporção dos valores das indenizações determinadas pelo Judiciário .

Uma senhora de 79 anos, Stella Liebeck, derramou um café comprado no *drive-through* de uma lanchonete do *McDonald's*, e como indenização punitiva pelas queimaduras, o júri determinou o pagamento da quantia de R\$2.7 milhões de dólares.

O júri, considerando a existência de mais de 700 reclamações acerca da temperatura elevada do café nas redes *McDonald's*, justificou o montante elevado dos *punitive damages* como forma de prevenir que

25 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.229.

26 A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. Penas Civiles y Daños Punitivos, *Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª ed.* - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 11.

27 Ver LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

a rede de sanduíches continuasse a causar os mesmos danos em casos semelhantes.²⁸

Outra demanda emblemática foi o caso *BMW of North America v. Gore*. O Dr. Ira Gore Jr. Moveu uma ação contra a BMW pelo fato de ter constatado que lhe foi vendido um veículo repintado como se novo fosse. O valor do carro era US\$ 40, 751,88.

O júri da corte de Birmingham julgou procedente a ação e, além de deferir o pagamento de US\$4.000,00 a título de danos compensatórios, estipulou como indenização punitiva a quantia de US\$4 milhões de dólares. Entendeu-se que a política de não divulgação de danos adotada pela ré constituía omissão fraudulenta.²⁹

A Suprema corte do Estado do Alabama, e, posteriormente, a Suprema Corte Americana, considerando a desproporcionalidade entre o dano material causado e a verba punitiva imposta, reduziram a indenização para US\$2 milhões de dólares e, posteriormente, para US\$50 mil dólares.

A importância desse precedente da Suprema Corte americana se reflete no fato de que, pela primeira vez, foi consignada a desproporção entre o valor dos *punitive damages* e o efetivo dano sofrido pela vítima.

A corte maior sedimentou que a *Due Process Clause* deveria efetivamente respeitar certos parâmetros quando da definição das verbas punitivas: i) o grau da responsabilidade da conduta; ii) a relação entre os danos compensatórios e os danos punitivos; e iii) a diferença entre o calor dos danos punitivos e as penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Dentro da lógica de privilegio da função preventiva dos *punitive damages* nos EUA, fica claro que um dos objetivos do sistema jurídico daquele país é impedir que as condutas danosas de empresas possam ser absorvidas por uma ótica econômica do dano. Ou seja, busca-se evitar que, em preavalecer indenizações punitivas modestas, as companhias passem a considerar as indenizações como custo efetivo de produção. É a lógica econômica do dano, em que em um contexto jurídico de indenizações módicas, vale a pena praticar atos lesivos.

Com efeito, conforme salientado alhures, com a proliferação de demandas estapafúrdias e indenizações desproporcionais, o próprio sistema de responsabilidade civil norte-americano percebeu a

28 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.232.

29 Ibid. p., 239.

necessidade de estabelecer parâmetros e soluções para o enriquecimento sem causa³⁰.

Nesse sentido, em 10.03.95 a *House of Representatives* do Congresso Americano votou e aprovou uma legislação que limitaria os *punitive damages* a US\$ 250 mil dólares, ou três vezes o valor dos danos compensatórios. Todavia, o projeto foi vetado pelo então Presidente, Bill Clinton.³¹

O referido projeto de lei tinha como objetivo consolidar a prática de 18 (dezoito) estados americanos que prevêm limitação ao valor dos *punitive damages*.³²

Outra solução apontada para a aleatoriedade da estipulação de verbas punitivas é a retirada ou redução da competência do júri popular nessas questões. Entende-se que quanto maior a autonomia do júri popular maior o risco de proliferação de decisões calcadas na emoção e não na técnica jurídica. Cass Sunstein, Daniel Kahneman e David Schkade sustentam que o montante a ser pago a título de indenização punitiva deveria ser determinado por juízes togados e não por júri popular.³³

5 A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a função punitiva da responsabilidade civil tem sido relacionada com a ampliação da interpretação do dano moral.

O Brasil, cujo ordenamento jurídico sofreu fortes influências do sistema civil francês e do ordenamento italiano, seguiu rumo diverso dos países de *common law*, não reconhecendo formalmente a função punitiva da responsabilidade civil³⁴.

30 Por isso a atuação da Suprema Corte Americana no caso *BMW of North America v. Gore* representou um avanço no sentido de controlar o enriquecimento sem causa advindo de condenações punitivas.

31 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*. de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

32 Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Geórgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Texas e Virgínia. Lista elaborada por LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*. de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

33 BODIN DE MORAES *apud* C.R. Sunstein; D. Kahneman; D. Schkade, *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*. Yale Journal, May 1998.

34 Como já foi mencionado no presente artigo, nos EUA a indenização é dividida em duas partes: uma a título de compensação dos danos (incluído os danos materiais e morais) e outra relativa à punição da conduta praticada pelo ofensor (*punitive damage*).

A categoria do dano moral passou a ser interpretada de forma a justificar não apenas a compensação em razão da violação dos direitos da personalidade, mas também, como forma de punir o ofensor e desestimular a reiteração de novas condutas lesivas.

Embora a função punitiva das indenizações não seja reconhecida formalmente no ordenamento jurídico pátrio³⁵, a concepção jurisprudencial do dano moral implica, mediante critérios de estipulação, em um inegável caráter sancionatório em diversos julgamentos cíveis.

O Código Civil de 2002, no que toca à disciplina da responsabilidade civil, deixou de tratar expressamente sobre a função punitiva das indenizações cíveis.

O art. 944 é categórico ao afirmar que “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Não faz menção, pois, a nenhum aspecto subjetivo da conduta do ofensor como critério de estipulação da compensação pecuniária. Ressalta-se, entretanto, que parágrafo único do mencionado artigo estipula que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. Há uma preocupação legislativa com o aspecto subjetivo da conduta ilícita apenas no que se refere à estipulação de indenizações desproporcionais, ou seja, com uma possível incongruência entre a gravidade da conduta e a extensão do dano.³⁶

Dispositivo legal que previa expressamente a punição cível em caso de comportamento abusivo do fornecedor de produtos ou serviços, era o art. 16 do CDC, o qual foi objeto de veto presidencial.³⁷

Nesse sentido, ante um consenso acerca da falta de previsão legal da função punitiva da responsabilidade civil como categoria autônoma, a jurisprudência nacional passou a ampliar a interpretação da categoria do dano moral, de modo a comportar, outrossim, uma função punitivo-preventiva da indenização. De um lado a compensação do ofendido

35 Sérgio Severo, na contramão, defende que no Direito brasileiro o caráter preventivo-punitivo dos danos extrapatrimoniais encontra-se nos seguintes textos legais: art. 1538 do Código Civil; Código Brasileiro de Telecomunicações e no Código Eleitoral.; em SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 191.

36 Maria Celina Bodin de Moraes é categórica ao afirmar que “Adianta-se que o novo Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil contempla o caráter punitivo.”. Nota de rodapé constante em BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.232.

37 O art. 16 do CDC vetado assim dispunha: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

quanto aos danos extrapatrimoniais causados pelo ofensor, de outro, a punição do agente e a prevenção de novas condutas abusivas.

Destacamos dois enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil que expressamente aceitam a investigação da culpa do ofensor na definição do dano moral e a função punitiva da responsabilidade civil, respectivamente: “458) Art. 944. O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral;”; “379) O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”.

Mesmo considerando a oscilação jurisprudencial sobre o tema, trazemos ementa de julgado emblemático no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu tanto a necessidade de seguimento de certos critérios subjetivos na estipulação do dano moral, como a natureza pedagógica da indenização a esse título:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido.³⁸(grifo nosso)

O STJ, em alguns casos, vai além e relaciona diretamente a função punitiva do dano moral com o instituto dos *punitive damages*. Eis notícia sobre julgamento recente sobre o tema:

³⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 355.392/RJ. Terceira Turma. Relatora. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26.03.02. Publicado em 17.06.02.

DANO MORAL. PUBLICAÇÃO. REVISTA.

Trata-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada por ex-presidente da República, recorrente, contra grupo editorial, recorrido, em razão de matéria publicada em revista de propriedade da última. Segundo o recorrente, a reportagem agrediu-o com uma série de calúnias, injúrias e difamações. O juízo a quo julgou improcedente o pedido. O tribunal de origem reformou a sentença, fixando a indenização em R\$ 60 mil. O recorrente interpôs recurso especial alegando, em síntese, que o valor da indenização foi arbitrado com excessiva parcimônia, violando o art. 944 do CC, não tendo sido levada em consideração a qualificação das partes envolvidas, a repercussão do dano causado e o lucro auferido pela recorrida com a publicação da reportagem injuriosa. A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso por entender que a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do valor do dano moral. Ademais, essa Corte tem-se pronunciado no sentido de que o valor de reparação do dano deve ser fixado em montante que desestímule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. No caso, o desestímulo ao tipo de ofensa, juridicamente catalogada como injúria, deve ser enfatizado. Não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e à dignidade. A linguagem oferece larga margem de variantes para externar a crítica sem o uso de palavras e expressões ofensivas. *O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do punitive damage do direito anglo-americano, revivendo lembranças de suas consequências para a generalidade da comunicação de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos.* Por outro lado, não se pode deixar de atentar aos fundamentos da qualidade da ofensa pessoal considerados pela douta maioria no julgamento, salientando que o recorrente, absolvido, mesmo que por motivos formais, da acusação da prática do crime de corrupção e ainda que sancionado com o julgamento político do impeachment, veio a cumprir o período legal de exclusão da atividade política e, posteriormente, eleito senador da República, chancelado pelo respeitável fato da vontade popular. Diante dessa e de outras considerações, definiu-se o valor de R\$ 500 mil, fixado à dosagem equitativa em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, ligadas ao fato e suas consequências, bem como à capacidade econômica dos ofensores e

à pessoa do ofendido. Vencidos em parte o Min. Relator e o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que proviam em menor extensão ao fixar a indenização em R\$ 150 mil. REsp 1.120.971-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28/2/2012.³⁹(grifo nosso)

Como se constata, o Superior Tribunal de Justiça leva em conta como critérios para a fixação do dano moral, a reprovação da conduta, a repercussão social do dano e as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro de responsabilidade civil punitiva, se assim pode-se dizer, é que o magistrado tem atuado sem qualquer respaldo legislativo.⁴⁰

Tal contexto de lacuna legislativa⁴¹ acerca das hipóteses e contornos da função punitiva das indenizações gera, sem dúvidas, uma insegurança jurídica tanto para o ofensor que não sabe se vai efetivamente ter que arcar com uma indenização a título de punição, como para o ofendido que não sabe em qual medida está sendo compensado pelos danos ou indenizado em razão da punição do ofensor.

A extensão da função dos danos morais à categoria punitiva camufla a necessidade de reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil. Defende-se, pois, a adoção de uma categoria autônoma referente a uma indenização punitiva como forma de otimizar e deixar mais transparente as regras a serem seguidas quando da punição da conduta ilícita.⁴²

39 Notícia retirada do sítio do STJ. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104929>. Acesso em: 10 abr. 2012.

40 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. , p. 75.

41 Alguns projetos de lei visam a disciplinar a matéria seja para reconhecer expressamente a função punitiva da responsabilidade civil (Projeto de Lei nº 276/2007 do Dep. Léo Alcântara e Projeto de Lei 2.496 de 2007 do Deputado Vital do Rêgo Filho), seja para estipular de forma mais clara os critérios a serem seguidos pelo magistrado quando da estipulação da indenização a título de dano moral (Projeto de Lei nº 334 de 2008 do Senador Valter Pereira).

42 Nesse sentido é o pensamento de do professor Daniel de Andrade Levy: “Enquanto não se refletir acerca de uma categoria autônoma de indenização punitiva, ou ao menos de uma verba autônoma no âmbito dos danos morais, deverá o jurisdicionado contentar-se com um esforço de fundamentação das decisões que nem sempre se coaduna com a nossa carregada Justiça.” em LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

6 CONCLUSÃO

A função punitiva da responsabilidade civil é característica marcante nas condutas dos povos antigos, sobressaindo-se a necessidade de punição do ofensor também no âmbito privado.

Nos países em que prevalece o sistema do *common law*, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos, a evolução e reconhecimento dessa função punitiva se desenvolveu de forma natural e mais coerente do que nos países de tradições romano-germânicas.

Enquanto na Inglaterra critica-se o excesso de restrição das hipóteses de cabimento dos *punitive damages* (*categories test*), nos EUA, observa-se um sistema no qual a responsabilidade civil tem um caráter eminentemente preventivo e não raro gera distorções entre o exagero na punição no caso concreto e a necessidade de prevenção de condutas ilícitas similares.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não preveja expressamente a função punitiva da responsabilidade civil, a jurisprudência, através da ampliação da concepção dos danos morais, não raro reconhece a necessidade de punição do causador do dano.

A falta de reconhecimento legislativo da função sancionatória da responsabilidade civil acaba por gerar uma insegurança jurídica na estipulação de indenizações a título de danos morais, insegurança esta nociva ao desenvolvimento de um sistema coerente e previsível de sanções cíveis.

REFERÊNCIAS

- A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. *Penas Civiles y Daños Punitivos. Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti* – 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
- GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas* – São Paulo: Atlas, 2012.

LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

