

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RITA DE CÁSSIA DE MORAIS TOLÊDO

**A (IN)ADEQUAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**

SANTA RITA-PARAÍBA

2020

RITA DE CÁSSIA DE MORAIS TOLÊDO

**A (IN)ADEQUAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

SANTA RITA- PARAÍBA

2020

T649i Toledo, Rita de Cassia de Morais.
A (IN)ADEQUAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES NO SISTEMA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL / Rita de Cassia de
Morais Toledo. - João Pessoa, 2020.
70 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. funções da responsabilidade civil. 2. danos. 3.
indenização punitiva. 4. segurança jurídica. 5.
precaução. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

UFPB/CCJ

Rita de Cássia De Morais Tolêdo

**A (IN)ADEQUAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Aprovado em: ____ de ____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Ana Paula Correia de Albuquerque Costa – Universidade Federal da Paraíba (avaliadora)

Adriana dos Santos Ormond – Universidade Federal da Paraíba (avaliadora)

Adriano Marteleto Godinho – Universidade Federal da Paraíba (orientador)

AGRADECIMENTOS

À priori e principalmente, gostaria de agradecer a Deus que me ama incondicionalmente. É por pura graça e misericórdia Dele que sou capaz de superar os meus limites e sou levada a fazer mais do que jamais esperei. Senhor, “Te adorar trouxe sentido a minha vida”. Não posso esquecer de agradecer a fiel intercessão da Mãe da Promessa, a mãe de Deus e minha. Quisera eu ser mais parecida com Ela que, na sua fortaleza e silêncio, soube fazer a vontade do Senhor em sua vida.

Aos meus pais, Magno e Lúcia que lutaram e proporcionaram todos os meios para que eu tivesse uma educação de qualidade. A painho, eu sou grata por todo seu estímulo a leitura, sua dedicação a sua profissão e ao direito que me fizeram, bem antes de entrar na universidade, amar o curso que hoje concluo. A mainha, eu agradeço por toda exortação dada, bem como as suas orações que me proporcionaram ser quem sou.

Aos meus irmão, Jefferson e Lucas, agradeço por todos os momentos de diversão e distração, além dos momentos de conversas que até foram capaz de gerar ideias de artigos para complementar minha experiência acadêmica.

As minhas avós, Ivonilde e Josefa, que sempre compartilharam as suas experiências difíceis. Elas me ensinam, todos os dias, que a vida, apesar de ser dura, é bela. E é por isso que vale à pena. Agradeço também a Mãe Zilda por toda oração e carinho comigo.

Aos meus familiares que sempre me incentivaram. Não seria capaz de mencionar todos, mas destaco alguns: minha tia Flávia, minha prima Bárbara, meu tio Silva, minha tia Rosane, meu primo Lorran, minha prima Lorennna e sua filhinha Helena. A vocês, agradeço pelo carinho em todos os momentos.

À Comunidade Católica Em Adoração, minha comunidade, cujo carisma derramado por Deus, em unidade com a Igreja Católica, é a vocação do meu coração. Agradecer a todos os membros por si só daria a quantidade de páginas de uma nova dissertação. Necessário se faz, porém, que alguns nomes se sobressaiam. Ao meu Pai fundador, o Diácono Eduardo Henrique, cujo caráter, doação a Deus e sorriso, constantemente, me remete ao agir do próprio Jesus. A Irmã Rita, Irmã Maria e Irmã Ana por sempre se lembarem de mim com tanto cuidado, pela companhia nas idas à comunidade e pelas orações. À minha formadora, Camilla, por me escutar com tanta paciência em todos os momentos de partilha e por me guiar na vivência do carisma, além disso, por ser uma grande

profissional do direito cuja dedicação me ensinou e me ensinará a ser uma boa profissional. Aos meus irmãos, Mayara Gonçalves, Maria de Fátima (vulgo Belinha), Augustinho, Andréa, Vitória Gurgel, Joãozinho, Bruno Maia, Hertha, Taciana, Diana, Bia Mendes, Patrícia, Clóvis, Ana Paula Lima, João Matheus, Raianna, Ingrid Pereira, Luiza Franco, Nilo Montenegro e a todos os meus acompanhados que, muitas vezes sem saber, foram consolo de Deus na minha vida, me ensinaram a ser mais parecida com Ele e que alegram a minha vivência comunitária. Agradeço a todos os irmãos da comunidade que, apesar de não mencionar, são parte da minha vida e me ajudam a caminhar.

Aos meus amigos e irmãos, Mayara Lopes e Mateus. O trecho de Provérbio 17, 17 “Em todo tempo ama o amigo, na adversidade se faz irmãos”, com certeza define nossa amizade. A jornada com vocês, certamente, se tornou mais fácil. Obrigada por serem exemplos na fé e por nunca deixarem de rezar por mim.

As 5 pessoas aleatórias, Letícia, Lucas, Arthur e Gustavo. Nossa amizade me lembra da frase da série “*How I Met your mother*”: “Não importa o que você faça na vida. Não vai ser lendário, a menos que os seus amigos estejam lá para ver.”. De fato, eles sempre estiveram presentes nos momentos mais importantes e sei que sempre estarão. Obrigada, meus amigos, por sempre fazerem questão de me fazer feliz nas pequenas e grandes coisas.

As minhas amigas, Carol, Jamille, Jully (*Twin*), Mari Val, Jéssica e Denise. A amizade de vocês é preciosa. Levá-las-ei sempre em meu coração. Obrigada por sempre me fazerem rir e por sempre me incentivarem em todos os momentos.

Aos furões, obrigada por tantos momentos dentro e fora da universidade. Destaco, porém, a minha “parêa” de trabalhos e músicas, Rafael Cadeira, nossa amizade foi à primeira vista e espero que continue assim ao longo de todos os anos. A Pedro Guerra por todas as revisões pré-prova, pela dedicação de sua amizade e por ser o melhor churrasqueiro de todos os tempos. À Anna Rachel por ser a minha “duplinha” de universidade e de estágio, por compartilhar os aperreios e partilhar a mesma visão otimista da vida. À Jucielly por toda a ajuda durante o curso, por todos os memes e figurinhas, por sempre estar a disposição para o “que der e vier”.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu orientador, Adriano Godinho. Tive a honra de, durante o curso, ser sua aluna mais de uma vez e de fazer parte da sua pesquisa. Posso dizer que ele é, além de um profissional extraordinário, uma pessoa admirável. De fato, há pessoas que te vocação para o magistério e, indubitavelmente, ele é uma delas. Obrigada, professor, por dedicar-se a tarefa de ensinar e por, nela, demonstrar tanto amor.

*“Como dois e dois são quatro
Sei que a vida vale a pena*

*Embora o pão seja caro
E a liberdade pequena*

...

*Como um tempo de alegria
Por trás do terror me acena...”*

Ferreira Gullar

RESUMO

Considerando-se as mutações sociais e os seus impactos na sociedade brasileira, o presente trabalho analisa as novas perspectivas da responsabilidade civil. Arrimando-se nos estudos das funções punitiva, pedagógica, precaucional e compensatória ou reparatória, busca-se potencializar a sua aplicação para maior efetividade do instituto, primando-se pelo uso equilibrado nas decisões judiciais. No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se, muitas vezes, a reiteração de condutas danosas, inclusive, de danos que ofendem os direitos e garantias fundamentais, gerando prejuízos não só individuais como também coletivos. As delimitações tradicionais da responsabilidade civil, apesar de já ter sofrido algumas alterações, como é a possibilidade de utilização da sua teoria objetiva, não tem sido suficiente para suprir todas as demandas exigidas pela sociedade. Em virtude disso, buscou-se perquirir a respeito dos desdobramentos *punitive damages*, remédio de grande abrangência nos Estados Unidos da América, observando a sua aplicação, seus objetivos e, através dos casos práticos, a maneira que as cortes americanas promoviam o seu julgamento. Ademais, por se tratar de um instituto estrangeiro, vislumbrou-se uma maneira de adequá-lo ao ordenamento jurídico brasileiro perpassando pelas críticas delineadas a seu respeito tanto no estado norte-americano quanto no Brasil, encontrando-se uma maneira de superar as resistências apresentadas. Ainda, o olhar para precaução como um princípio desdobra-se de maneira positiva nos tribunais, evitando-se comportamentos indesejados e salvaguardando os direitos dos cidadãos brasileiros, individuais ou coletivos.

Palavras-chave: funções da responsabilidade civil; danos; indenização punitiva; segurança jurídica; precaução.

ABSTRACT

Considering the social changes and its impacts de the brazilian's society, the present work analyzes new perspectives on civil liability. Based on the studies of the punitive, pedagogical, precautionary and compensatory or reparatory functions, it seeks to enhance its application for greater effectiveness of the institute, with emphasis on the balanced use in judicial decisions. In the Brazilian legal system, there is often a reiteration of harmful conduct, including damage that offends fundamental rights and guarantees, generating losses not only individual but also collective. The traditional delimitations of civil liability, despite having already undergone some changes, such as the possibility of using its objective theory, it has not been sufficient to meet all the demands demanded by society. As a result, it was researched about about the consequences of punitive damages, a wide-ranging remedy in the United States of America, observing its application, its objectives and, through practical cases, the way that the American courts promoted their judgment. In addition, as it is a foreign institute, a way of adapting it to the Brazilian legal system was envisaged, going through the criticisms outlined about it both countrys, in the North American state and in Brazil, finding a way to overcome the resistance presented. Still, looking at precaution as a principle unfolds in a positive way in the courts, avoiding unwanted behavior and safeguarding the rights, individual or collective, of Brazilian citizens.

Keywords: civil liability functions; damage; punitive damages; legal certainty; precaution.

.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	12
2. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.1. NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.2. A FUNÇÃO REPARATÓRIA E COMPENSATÓRIA	21
2.3. A FUNÇÃO PEDAGÓGICA.....	23
2.4. A FUNÇÃO PUNITIVA.....	25
2.5. A FUNÇÃO PREVENTIVA OU PRECAUCIONAL	28
3. <i>PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO NORTE-AMERICANO</i>	31
3.1. CONCEITO DE <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	32
3.2. AS FUNÇÕES DO PUNITIVE DAMAGES NOS ESTADOS UNIDOS	35
3.2.1. <i>Deterrence (Dissuasão)</i>	36
3.2.2. <i>Retribution (Retribuição/Castigo)</i>	37
3.2.3. <i>Education (Educação)</i>	38
3.2.4. <i>Compensation (Compensação)</i>	39
3.2.5. <i>Law Enforcement (Cumprimento da Lei)</i>	39
3.3. O PROCESSO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NOS ESTADOS UNIDOS	40
3.4. PRESSUPOSTOS DO PUNITIVE DAMAGES.....	43
3.5. DECISÕES SOBRE <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA CORTE NORTE-AMERICANA	46
4. AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	50
4.1. AS METAMORFOSES SOCIAIS, A RESPONSABILIDADE CIVIL E A SOCIEDADE DE RISCOS	51
4.2. O DANO MORAL	53
4.3. A INDÚSTRIA DO DANO MORAL	58

4.4. A NECESSIDADE DA PREVENÇÃO ASSOCIADA A RESPONSABILIDADE CIVIL	60
4.5. OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO BRASIL.....	61
4.5.1. As críticas aos <i>punitive damages</i>	62
4.5.1.1. O valor exorbitante das indenizações e a impossibilidade do enriquecimento sem causa	63
4.5.1.2. A falta de critérios objetivos para a aplicação dos <i>punitive damages</i>	64
4.5.1.3. A litigância de má-fé e a resistência a pena civil	65
4.5.2. A vantagem da aplicação dos <i>punitive damages</i>	66
5. CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	69

1. INTRODUÇÃO

Albert Einstein certa vez afirmou que viver no mundo é perigoso. De fato. O ser humano por ser, em sua essência, sociável está submetido a dissabores na vida, afinal, viver é constantemente aceitar o risco de ser machucado psicológica, emocional e até fisicamente. Não estamos imunes aos perigos que são decorrentes da convivência societária do homem.

Para além disso, é necessário lembrar-se que as novas tecnologias tem desafiado o direito exigindo a criação de novos institutos ou a ressignificação dos seus antigos conceitos para que possam acompanhar as suas novas realidades sem que o cidadão tenha seus direitos maculados.

Ocorre que, embora nem todas as situações que causam prejuízos ao indivíduo precisam que o direito intervenha, há determinadas circunstâncias em que o seu posicionamento torna-se imprescindível para resguardar as garantias individuais e fundamentais prometidas pela Constituição e, outrora, por tantos pactos internacionais de direitos humanos.

Nesse diapasão, encontramos, então, a Responsabilidade Civil, cuja constituição se deu no contexto clássico de buscar possibilitar a reparação dos danos causados. Muito embora, as suas funções, doutrinariamente, ultrapassem as fronteiras da reparação, almejando-se, também, a prevenção, a punição pelo ato danoso e ensinar aos demais que aquele comportamento não deve ser repetido.

Apesar de que, a partir da pesquisa bibliográfica e documental por meio de decisões e jurisprudências, constatou-se que pouco se vê na corte brasileira essas funções colocadas em prática, a não ser pela reparação e, no máximo, quando se trata de um dano extrapatrimonial, uma compensação já que, nesse caso, não há como retornar a vítima ao seu estado anterior quando se trata de uma lesão imaterial.

No entanto, apesar da legislação bem como a doutrina pátria serem ricas, contribuindo para que algumas dessas novas realidades sejam remediadas, há comportamentos dentro dessa realidade que, apesar de não tão novos, assentam-se perpetrados e continuam a se repetir, como é o caso do dano moral. Ademais, essa constância impede que certos problemas vigentes sejam solucionados.

Aqui, fala-se, sobre os conhecidos como danos em massa, em relações privadas sendo, superficialmente definidos como aqueles que afetam individualmente a cada pessoa em seu direito ou garantia fundamental, tal conduta é suportada em grupo. Podem ser citados como

exemplos: as esperas longas em bancos, os atrasos de voos, o armazenamento de dados, sem permissão, por empresas, a cobrança de valores indevidos em contas telefônicas, atrasos em entregas de empreendimentos imobiliários.

Outra característica que se pode falar deles é que, ao se esforçar para alcançar a restituição dos danos causados, de forma individual, a indenização é de valor ínfimo de tal maneira que não causa um grande impacto nessas empresas. Sem contar o fato de que muitas pessoas não tentam garantir os seus direitos diante dessas ocorrências, pois, levando em consideração, principalmente, o montante a ser recebido e a morosidade da justiça, consideram que não vale a pena o desgaste.

Destarte, o que deveria ser um desestímulo àquela ação danosa, na verdade, torna-se um incentivo. Tomemos como arquétipo uma empresa de telefonia que constantemente cobra valores indevidos. Para ela é mais vantajoso cometer esse ilícito a sua perda ao enfrentar as consequências desta atitude é, na verdade, menor que seus ganhos.

Tal situação praticada reiteradamente por várias empresas torna-se um incômodo não só para as vítimas, mas de toda sociedade que pode vir a passar por ela, devendo ser solucionada.

Ao averiguar a conjuntura retromencionada, é que se chegou ao *punitive damages*, ou indenização punitiva. Este instituto é um desdobramento da Função Preventiva da Responsabilidade Civil, e visa desestimular a prática de ações danosas estabelecendo uma indenização em que há não só a restituição ou a compensação do que foi perdido, mas também uma punição em virtude da ação danosa para que se evite que a mesma empresa ou outras cometam o mesmo erro.

Apesar de não ser expressamente mencionado no ordenamento jurídico brasileiro, o *punitive damages* tem sido alvo de estudo por alguns doutrinadores no país. Sendo, ainda, timidamente usado pelo Ministério Público nos Termos de Ajustamento de Conduta onde são estabelecidas indenizações punitivas para prevenir os danos no âmbito extrajudicial.

Por ser um instituto pouco utilizado, é imprescindível perquirir acerca das teorias e pressupostos que o tornam eficaz. Para isso, usar-se-á do direito norte-americano objetivando-se entender como é a sua aplicação nas cortes americanas, inclusive, em termos processuais com e verificando se é possível a sua adaptação para a realidade do Brasil.

Ademais, cumpre mencionar que não é possível, nesse caso, desatrelar o *punitive damages*, estudado no Direito Material enquanto desdobramento da Função Preventiva da Responsabilidade Civil.

Portanto, para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, através de livros, manuais e artigos científicos apresentados em periódicos, visando procurar o entendimento doutrinário brasileiro e norte-americano acerca do tema, para que se possa estudar caminhos alternativos para evitar a perpetuação dos danos.

Além disso, através da pesquisa documental, por meio de legislação, decisões judiciais e entendimentos jurisprudências, tanto brasileiros quanto norte-americanos, observou-se a aplicação do *punitive damages* nos Estados Unidos e verificar a sua adequação aos casos similares no Brasil, explorou-se, também, a respeito do uso das funções da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro.

Foi por meio da abordagem qualitativa, examinou-se os conceitos apresentados na bibliografia e então, procurou-se descrever as acepções extraídas das leituras a respeito do tema apresentado, dividindo-se o trabalho em 3 capítulos.

No capítulo 1, tratou-se das noções gerais das responsabilidade civil para que se compreendesse os seus conceitos iniciais, proporcionando a percepção de alguma falha de modo a causar a reiteração dos danos. Ademais, delineiam-se também as funções da responsabilidade civil, outrora adormecidas, e que vem sendo retomadas no ordenamento jurídico brasileiro

No capítulo 2, foram abordados os *punitive damages* nos Estados Unidos, passeando por suas concepções, objetivos, pressupostos, a forma de julgamento nos tribunais, expondo dois casos que são considerados emblemáticos e tiveram ampla divulgação no país e exteriormente.

No capítulo 3, por fim, aludiu-se sobre as transformações sociais e os seus impactos na responsabilidade civil, levando-se em consideração o comportamento reiterado dos danos e a preocupação dos tribunais com a “indústria do dano moral”, perscrutando-se sobre a adaptação do *punitive damages* ao ordenamento brasileiro.

2. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de nos declinarmos sob as minúcias do *punitive damages* sendo este insétil da função punitiva-preventiva da responsabilidade civil, é inevitável a menção, ainda que de forma breve, dos aspectos globais deste assunto a fim de ponderar os impactos trazidos por este instituto no ordenamento brasileiro.

2.1. NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como posto outrora, a vida moderna e os seus desafios exigem que o direito seja olhado de forma diferente, que os seus conceitos sejam interpretados cuidadosamente, levando-se em consideração as novas situações enfrentadas pelos seres humanos.

No entanto, para melhor compreendermos a dinâmica do estudo das funções da responsabilidade civil, é importante não subestimarmos a sua teoria geral e por isso, relembraremos, de forma breve, alguns de seus conceitos iniciais.

Desde a Roma Antiga, havia a previsão de punição contra atos lesivos aparte do que, hoje, conhecemos como direito penal. À época, a sanção se daria de acordo com a gravidade da lesão, se baseando, além da lei de Talião “Olho por olho, dente por dente”, também por uma pena pecuniária estabelecida por um juiz. No direito romano clássico passou-se a haver uma diferenciação, encontrando-se uma responsabilização para quem feria o direito de outrem em capital multiplicado pelo dano sofrido e uma espécie de pagamento pelo não cumprimento de um contrato, para ser liberado da exigência este e não ser considerado inadimplente.

Hodiernamente, a responsabilidade tem nova forma, alheia da responsabilidade penal, não sendo considerada como uma espécie de vingança e sim como um direito inerente àquele que sofreu um dano. O Art. 927 do Código Civil, Lei 10.406, traz uma conceituação básica do assunto, vejamos: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002). Encontramos no livro Manual de Direito Civil de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto a definição a seguir:

A responsabilidade civil está fundada no princípio do *neminem laedere*, ou seja, a fórmula, de elaboração romana, que nos recomenda agir de forma a não lesar os direitos de outrem. Quando o dano ocorre- seja moral, material ou estético- busca-se compensar, ainda que parcialmente, o equilíbrio perdido. A responsabilidade civil centra-se, portanto, na obrigação de indenizar um dano injustamente causado. (FARIAS; ROSENVOLD; BRAGA, 2018, p.874)

Para além disso, vejamos o que diz o autor Alexandre Bonna, cuja tese de mestrado deu resultado ao livro que *Punitive Damages* (Indenização Punitiva) e os Danos em Massa:

A ideia de responsabilidade é inseparável da de obrigação, a qual incorpora deveres de garantia à atividade de determinado sujeito, impondo a este um padrão de conduta qualificado pela responsabilidade de respeitar deveres previamente estabelecidos: caso o agente descumpra seus deveres (obrigações), deve ser responsabilizado por isso, contudo, caso não os descumpra, o sujeito permanece responsável por cumpri-los, afastando-se assim da noção tradicional de que a responsabilidade civil só surge quando violado um dever jurídico preexistente.

(BONNA, 2015, p. 21-22)

Ademais, temos os elementos da Responsabilidade Civil que, de acordo com a Teoria Subjetiva, determina que são 4 os essenciais: a conduta, o nexo causal, o dano e a culpa. Sendo estes, inclusive, defendidos pelo *caput* do Art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), citado alhures.

A conduta é o acontecimento que gera o dano. Outrora também conhecida como ato ilícito, embora essa nomenclatura tem sido menos adotada pelos doutrinadores em virtude de que, por vezes, o dano pode ser gerado por uma conduta lícita, como, por exemplo, a cobrança de um débito que acreditava-se não estar pago e que, na verdade, estava. Vejamos o que assevera os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A depender da forma pela qual a ação humana voluntária se manifesta, poderemos classificá-la em:

- a) positiva;
- b) negativa.

A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho.

A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo.

(GAGLIANO; PAMPLONA.2017,p.85 e 86)

Em relação ao nexo causal, temos por conceito, superficial, aquilo que liga a conduta ao dano. Existem teorias que perpassam este assunto e menciona-se a título de lembrança por não serem pertinentes para o estudo dos *punitive damages*, quais sejam: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata.

O dever de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso. O nexo causal, ou relação de causalidade, vem usual-

mente definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro.

(SCHREIBER, 2015, p.55)

O dano é o elemento que enseja a Responsabilidade Civil. Nesse ínterim, temos o dano patrimonial ou material que diz respeito àquele cujo prejuízo pode ser suprido com a restituição do bem, física ou monetariamente. Para melhor compreendermos, vejamos a definição trazida por Cristiano Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:

Podemos conceituar o dano patrimonial como a lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial.

[...]

Destarte, será patrimonial o dano que consiste na violação de interesses, ou seja, o dano concreto pela frustração das utilidades efetivas do bem. Interesse é a valoração que determinado bem recebe de alguém, considerando a relação ou a posição jurídica de certa pessoa em face a ele.

(FARIAS; ROSENVALD; BRAGA, 2018, p.253 e 255)

Há, também, o chamado dano moral ou extrapatrimonial que é aquele em que não há como mensurar o valor, dessa forma, a indenização é apenas uma compensação. Analisemos o que os autores supracitados asseveraram a respeito dele:

O dano moral pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

[...]

Devemos alertar que, ao definirmos o dano extrapatrimonial como a lesão a um interesse existencial merecedor de tutela, não pretendemos com estas palavras só afirmar que só haverá dano moral quando a lesão for grave, ou seja, a partir do momento em que se constate a severidade da ofensa. Definitivamente repelimos esta ideia, por uma razão singela: todo dano a uma situação existencial é intrinsecamente grave.

(FARIAS; ROSENVALD; BRAGA, 2018, p.301 e 304)

Nessa sequência, temos o elemento alvo das maiores discussões jurídicas: a culpa. Até hoje alguns juristas prendem-se ao fato de dizer que o seu conceito pode ser encontrado na própria legislação, Art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002), “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. A culpa, portanto, também era imprescindível para que houvesse a indenização.

Anteriormente, este propósito servia bem aos propósitos da responsabilização e da sociedade. Com o surgimento das novas tecnologias, porém, a necessidade de comprovação da culpa, em determinadas situações, prejudicava ainda mais os cidadãos. Como, por

exemplo, quando ocorria acidente de trabalho em virtude de algum maquinário e o empregador não era obrigado a indenizar porque não houve a comprovação da culpa.

Com isso, a culpa passou a ser vista sob uma nova perspectiva. Confirmou-se que, em determinados casos, não é necessário a sua comprovação para que seja empregada a responsabilidade civil.

Ante o exposto, surgiu, então, a teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, determinando que, nem sempre, é necessária a comprovação da culpa para que haja a responsabilização. Vide o parágrafo único do Art. 927 do Código Civil de 2002: “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (Brasil, 2002).

Outrossim, o Código Civil traz um capítulo refletindo, exclusivamente, sobre a indenização. Já no primeiro do capítulo, o Art.944 (BRASIL, 2002), temos que “A indenização mede-se pela extensão do dano.”. Doutrinariamente temos que essa tem como objetivo reparar ou compensar o prejuízo causado. A primeira é utilizada em termos de responsabilização por dano material, ordinariamente, pretende-se “retornar a vítima ao estado anterior ao acontecimento do dano”. Já a segunda, é usada quando não há como reparar o dano sofrido, tendo em vista ter se dado de forma extrapatrimonial, o prejuízo foi tamanho que atingiu bens que não há como ser substituído, há, pois, a mera compensação.

A concepção que se deve ter, portanto, em relação à indenização, é que ela tem por finalidade integrar — ou, mais precisamente, recompor — o patrimônio daquele que se viu lesionado.

Por isso mesmo, a regra básica para a fixação da indenização não poderia ser outra, senão a constante no caput do art. 944 do CC/2002, qual seja, a de que a ‘indenização mede-se pela extensão do dano’.

(GANGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 460)

Ora, o objeto da liquidação da reparação pecuniária do dano moral é uma importância que compensa a lesão extrapatrimonial sofrida. Não há como evitar a ideia de que, efetivamente, a natureza do objeto da liquidação exige o arbitramento, uma vez que os simples cálculos ou os artigos são inviáveis, na espécie.

(GANGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 470)

Essa acepção é considerada como clássica da Responsabilidade Civil: uma conduta que enseja um determinado dano a alguém que, por sua vez, deve ser reparado. Ocorre que há algum tempo ela não tem funcionado. Considera-se o objetivo compensatório da indenização, mas ignora-se as demais funções.

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo

plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restitutórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. O esquema monólito de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela ‘camisa de força’ compensatória, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para preveni-lo, remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

(ROSENVALD, 2019, p.1)

Há um ditado popular que diz “é melhor prevenir do que remediar”. No Brasil, no entanto, busca-se remediar e não prevenir. Aliás, parafraseando a máxima para que se encaixe no contexto pátrio, encontramo-la da seguinte maneira “Remedia-se, apenas. Prevenir é superestimado.”. Isso é o que podemos auferir das cortes brasileiras. Parece que o espírito consumerista invadiu a legislação, busca-se apenas consertar o que foi “quebrado”- e por que não dizer substitui-lo por um novo- e não fazer um objeto mais forte para que evite que se quebre.

É por esse motivo que ao investigar as decisões judiciais do país, encontramos decisões que buscam apenas remediar o dano. Olvida-se que a origem da responsabilidade civil possui outras funções como a preventiva, a pedagógica e aceita por algumas doutrinas, a punitiva.

Nada obstante, o medo paralisa as jurisprudências vernáculas. Há um constante receio de que a vítima do dano “enriqueça sem causa”, mas deixa-se de lado o fato que, muitas vezes, empresas grandes permanecem prósperas sem que a indenização paga por ela seja proporcional ao prejuízo por ela causado.

Na verdade, ocorrem muitas oscilações humorísticas na corte brasileira. Porta-se, em certos momentos, concedendo indenizações até para quem, segundo o próprio direito, não as merecia. Só que, em outros momentos, as pessoas que mais deveriam recebê-las, são desprezadas ou recebem um valor não condizente com o que sofrera.

Uma verdadeira loteria de indenizações, eis o que teria se tornado, na opinião de Patrick Atiyah, a responsabilidade civil contemporânea. Os resultados das ações judiciais de reparação desafiam, diariamente, as previsões de advogados e especialistas. As cortes distanciam-se, cada vez mais, das bases teóricas do instituto. A aleatoriedade dos julgados converte o ensino da responsabilidade civil em uma espécie de fábula; ao mesmo tempo em que o misoneísmo dos manuais conserva estudantes e professores em um isolamento inaceitável do cotidiano judicial. O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas.

(SHREIBER, 2015, p.3)

Malgrado a reparação pecuniária ser a mais utilizada em termos de reparação do dano, importante se faz lembrar que não é única forma que se encontrada de indenizar a vítima. Inclusive, não há, na lei, proibição de que haja uma outra forma de ressarcir o mal causado àquela pessoa. Deve-se, apenas, considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade trazidos, implicitamente, no Art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ademais, não vivemos em uma música de Chico Buarque onde a “gente sofrida despediu-se da dor”. Em um Brasil utópico, teríamos muito mais para prevenir do que para remediar. Entretanto, a doença já se “espalhou” e se tornou uma epidemia. Para melhorar, então, a dor da gente sofrida, podemos buscar tratar alguns sintomas.

Para tratar os sintomas, então, necessário se faz que voltemos ao princípio. Já traçamos uma linha em que analisamos um pouco dos elementos e as teorias da Responsabilidade Civil, bem como algumas de suas transformações de acordo com a mutação na sociedade. Vimos também como se dá a indenização e suas intempéries. Passemos, então a vislumbrar as Funções da Responsabilidade Civil.

A responsabilidade está relacionada com a necessidade de observância de obrigações previamente estabelecidas em negócios jurídicos, regras ou princípios, podendo atuar tanto antes do descumprimento de deveres jurídicos, no exercício da função preventiva, quanto depois, no campo da função compensatória ou resarcitória. Nem sempre esses deveres jurídicos estarão claramente descritos em algum diploma legal ou instrumento particular, sendo possível que emanem da integridade do direito pátrio ou mesmo de cláusulas gerais.

(BONNA, 2015, p.22)

Antes, destacamos que a doutrina não é harmônica a respeito das funções da responsabilidade civil. Contudo far-se-á um delineado sobre cada uma das principais, muito embora haja divergências.

Face à propalada plasticidade da responsabilidade civil, reconhecemos que tratar de suas funções é caminhar em um terreno pantanoso, sujeito a surpresas e deslizes, pois a sociedade em que vivemos se encontra em constante ebulição. O tratadista da responsabilidade corre o risco de se desatualizar, pois as ideias perdem a validade (ou já nascem velhas!) tamanha a celeridade dos acontecimentos que se atropelam na pós-modernidade.

(FARIAS; ROSENVALD; BRAGA, 2018, p.62)

Percebemos que conforme o tempo e o lugar, a responsabilidade civil absorve quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacíficas na *civil law*): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de reprimir o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. É inegável que a alteração do período histórico e do ambiente social impactará na proeminência de uma função sobre a outra.

(ROSENVALD, 2017, p.32)

De toda forma, estudaremos as quatro funções mais vislumbradas: a função reparatória e compensatória, a função pedagógica, a função punitiva e a função preventiva. É fundamental dizer que elas não são feitas para serem sozinhas, ou não deveriam estar, afinal, uma não exclui a outra de ser utilizada. Na realidade, elas se complementam e deixam o instituto da Responsabilidade Civil mais eficaz.

2.2. A FUNÇÃO REPARATÓRIA E COMPENSATÓRIA

A Função Reparatória ou Compensatória é, tanto doutrinariamente quanto nas decisões judiciais, a mais conhecida. Constantemente, vê-se falar em compensar ou reparar os danos causados a vítima. Ou, então, ambas as palavras são empregadas enquanto sinônimas ao longo de uma sentença ou acórdão. No entanto e preliminarmente, urge assegurar que estas palavras, em termos de responsabilidade civil, não são similares.

A definição clássica e mais repetida por todos os doutrinadores é que a função reparatória objetiva retornar a vítima ao “*status quo ante*”, expressão latina que significa retornar a vítima ao estado anterior ao que se encontrava antes de ocorrer o dano.

A função reparatória propõe-se a, em atenção ao princípio *restituio in integrum*, entregar à vítima o valor exato que perdeu diante do dano que lhe fora causado. Dessa forma, não é possível receber um valor aquém do que fora perdido.

Quanto à função reparatória, sua lógica é calcada no binômio dano-reparação, ou seja, caso tenha ocorrido um dano injusto que gerou prejuízo à vítima, o ofensor é responsável por arcar com os danos, tanto os de natureza extrapatrimonial.

Por muito, foi pautada pela ideia central da chamada teoria da diferença, pela qual, o dano seria a diferença entre o que se tem e o que se teria, caso o evento danoso não ocorresse, e o patrimônio da vítima deveria ser recomposto até estar idêntico ao que seria no caso de não ocorrência do evento danoso.

(RODRIGUES, 2018, p.7)

Todavia, quando se trata de um dano extrapatrimonial, não há como levar a vítima a seu estado anterior, tendo em vista que a lesão se dá a algo e até mesmo alguém que jamais poderá ser substituído. Quanto a este dano, a doutrina brasileira tem três teorias ao seu respeito, assevera o autor Alexandre Bonna a respeito delas:

Sobre o conceito de dano moral individual, doutrina e jurisprudência brasileira desenvolveram três correntes para tal desiderato. A primeira afirma que o dano moral se caracteriza quando a pessoa for alvo de vexame e humilhação que lhe cause dor, sofrimento e angústia. A segunda corrente prega que o dano moral seria qualquer violação a um direito da personalidade, como a honra, a imagem e o nome. A última corrente realiza uma ponte axiológica entre a CF/1988 e o CC/2002 e leciona que o dano moral se configura quando ocorre a violação da cláusula geral da tutela da pessoa humana e/ou a violação ao direito subjetivo à dignidade, que deve ser encontrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quanto a esta última correta, surge um dever fundamental de respeito à dignidade que deve nortear os atos das pessoas umas para com as outras, estando a proteção da dignidade da pessoa humana enquanto princípio, vinculada apenas a lesão do valor da dignidade, que é expresso na integridade psicofísica, solidariedade, igualdade e liberdade [...]

(BONNA, 2015, p. 24 e 25)

Ante a natureza do dano extrapatrimonial, não há o que se falar em reparação. É nessa realidade que temos a função compensatória que visa estabelecer uma indenização de modo a corrigir a ação danosa, ainda que impossível. Dessa maneira, poder-se-ia afirmar que a função reparatória engloba, conforme o autor supracitado:

Surge um imbróglio quando o dano é moral, ou seja, atinge uma esfera existencial da pessoa, representando um gravame à dignidade da pessoa humana. Nesta hipótese diz-se que o dano é irreparável, tendo em vista que não pode ser objeto nem de reposição natural nem por equivalente, por impossibilidade absoluta de entregar coisa idêntica à vítima e/ou substituí-la por equivalente.

[...]

É nesse espectro que surge a função compensatória, no intento de fundamentar uma reparação do dano, ainda que irreparável, mantendo-se filiada à função reparatória, uma vez que não deve ultrapassar o suficiente para compensar o dano moral sofrido.

(BONNA, 2015, p.37)

A responsabilidade civil surgiu sob um contexto patrimonialista em que seu maior objetivo era proteger os bens da vítima. No entanto, diante das transmutações sociais, essa realidade tem mudado de figura, principalmente com o surgimento de novos danos que atingem a pessoa mais em sua dignidade do que em seus patrimônios.

É nesse contexto em que os doutrinadores apontam que não há como compensar ou restituir a vítima a um “*status quo ante*”. O valor pecuniário, em sua maioria das vezes, serve apenas para mascarar uma ferida que ficará para o resto da vida. Assim, as funções compensatória e reparatória não mais suprem o que lhes é exigido pela sociedade.

Recordemos que, em se tratando de indenização, não é apenas pecuniária. A maioria se dá dessa forma, principalmente quando se fala em danos morais. Isso será tratado em outro capítulo. Mas importa dizer que considerar outras formas remediar o dano pode vir a ser um remédio para o não estímulo do “enriquecimento sem causa” da vítima.

É de bom alvitre esclarecer que a justiça teme, e em partes com razão, que em relação ao dano moral, tenha havido uma industrialização. Explanar-se-á melhor sobre isso no próximo capítulo. Ocorre que não podemos permanecer inertes diante do que presenciamos na corte brasileira, é essencial que se busque uma solução que equilibre e supra as necessidades da sociedade.

O fato é que não é possível mais utilizar as funções reparatória e compensatória de forma isolada. E se existem a disposição da doutrina outras funções que tornam mais eficaz o instituto da Responsabilidade Civil, por que não utilizá-las?

Não são poucos os que afirmam que a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano extrapatrimonial possui uma dupla função, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a subliminar as aflições e tristezas decorrentes do dano injustificado –, e de um caráter punitivo, cujo objetivo é, em suma, impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

(MORAES, 2004, p.47)

Para pensarmos a respeito disso, trazemos uma decisão recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Saiu nos jornais de todo o país que a Record pintou, ao gravar a novela “Davi”, uma arte rupestre na cidade de Diamantina- Minas Gerais. A arte, segundo especialistas, é de, mais ou menos, 11 mil anos atrás, ou seja, seu valor é inestimável. Ela, inclusive, foi considerada como patrimônio da humanidade pela UNESCO. A emissora foi condenada a pagar 2 milhões pelo dano causado.¹

De toda forma, há de se pensar se esse valor foi o suficiente, já que o valor da arte não pode ser estimado. Além disso, questiona-se também se esse montante é o suficiente para desmotivar a mesma emissora ou outros a causar um dano nesse estilo novamente. É por isso que surge a teoria de que a função compensatória não é suficiente para respaldar as necessidades sociais e assegurar seus bens ou direitos.

2.3. A FUNÇÃO PEDAGÓGICA

¹FARIAS, Regiane. [Https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-16/record-e-condenada-a-pagar-dois-milhoes-de-reais-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-diamantina.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-16/record-e-condenada-a-pagar-dois-milhoes-de-reais-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-diamantina.html). **El País**. São Paulo, p. 1-1. 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/record-tera-que-pagar-2-milhoes-em-multa-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-minas-gerais-24253384>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

Já dizia o filósofo grego Aristóteles “A educação tem raízes amargas, mas seus frutos são doces.”. Pois bem. Em algumas árvores, antes de se colherem os frutos, é preciso que seus galhos e folhas sejam podados. No direito acontece da mesma forma. Costumes que não mais servem para assegurar as garantias de seus cidadãos precisam ser arrancados; Além disso, algumas pessoas precisam ser ensinadas que determinada conduta não contribui para uma boa convivência social.

Pelo próprio nome, podemos facilmente supor que a função pedagógica tem o intuito de transformar àquela indenização determinada na sentença ou acórdão em ensinamento. Isto serve não só para quem foi condenado, como também para outros, tendo em vista que, na sua maioria, os processos são públicos e, portanto, outras pessoas têm acesso.

Como dito algures, as funções da responsabilidade civil têm assumido um papel mais ativo na doutrina brasileira. Muitas vezes, a função pedagógica é associada à punitiva e elas podem ser trabalhadas em conjunto.

A insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito à fixação de um montante indenizatório na hipótese de danos extrapatrimoniais, tem levado ao desenvolvimento de um caráter punitivo-pedagógico no âmbito de suas funções e que a cada dia vem ganhando mais adeptos, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial.

Tal caráter punitivo-pedagógico se justificaria por desempenhar uma dúplice função: o de punir o dano e, consequentemente, de servir como mecanismo de dissuasão a comportamentos antissociais por meio de sua exemplaridade, propiciando de forma reflexa um efeito de prevenção geral e especial relativamente a determinados comportamentos sociais.

(VENTURI, 2012, p.40 e 41)

Temos, então, que a teoria da função pedagógica da responsabilidade civil tem encontrado espaço tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Apesar de que ainda estamos longe do ideal. Vejamos dois exemplos de sua aplicação em decisões:

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. FUNÇÕES PUNITIVA, REPARATÓRIA E PEDAGÓGICA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à ré, exsurge o dever de indenizar, mediante compensação pecuniária compatível com o prejuízo moral. 2. Partindo-se da premissa de que a indenização cumpre tríplice função - punir o infrator (função punitiva), ressarcir/compensar o dano sofrido (função reparatória) e **inibir a reiteração da conduta lesiva (função pedagógica)** -, bem assim de que o valor não pode ser irrisório a ponto de comprometer tais finalidades nem excessivo a ponto de permitir o enriquecimento sem causa da parte lesada, fica a demandada condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), (TRF-4 - AC: 50215895120144047201 SC 5021589-51.2014.4.04.7201, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 08/08/2018, TERCEIRA TURMA)
(Grifou-se)

RECURSO INOMINADO INTERPOSTO POR BANCO DO BRASIL S.A. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO A FIM DE ATENDER A FUNÇÃO PUNITIVA E PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO INOMINADO INTERPOSTO POR BANCO DO BRASIL S.A. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO A FIM DE ATENDER A FUNÇÃO PUNITIVA E PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO INOMINADO INTERPOSTO POR BANCO DO BRASIL S.A. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO A FIM DE ATENDER A FUNÇÃO PUNITIVA E PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO INOMINADO INTERPOSTO POR BANCO DO BRASIL S.A.. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO A FIM DE ATENDER A FUNÇÃO PUNITIVA E PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Não conhecer do recurso do réu e conhecer e dar provimento ao recurso do autor. Ante o exposto, esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, em NÃO CONHECER do recurso interposto por BANCO DO BRASIL (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0010472-34.2013.8.16.0018/0 - Maringá - Rel.: Manuela Tallão Benke - - J. 27.02.2015)

(TJ-PR - RI: 001047234201381600180 PR 0010472-34.2013.8.16.0018/0 (Acórdão), Relator: Manuela Tallão Benke, Data de Julgamento: 27/02/2015, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 09/04/2015)

(Grifou-se)

Podemos deduzir das decisões supracitadas que a função pedagógica é de extrema importância e apesar de não estar explicitamente na legislação brasileira, tem encontrado cada vez mais espaço nos tribunais.

Adianta-se apenas que a função pedagógica pode ser um ótimo aliado para que a sua diminuição aconteça, já que, como mencionado outrora, o fato de buscar ensinar atrelada a geral publicidade da sentença pode desestimular outras empresas que estavam com a mesma conduta.

2.4. A FUNÇÃO PUNITIVA

“Segundo meu infalível tirocínio estás a pensar como a justa vingança pôde ser punida...” (2016, p. 5113), dizia Beatriz a Dante na Divina Comédia de Dante Alighieri. A

mesma pergunta se fazem alguns operadores do direito ao se depararem com a função punitiva da responsabilidade civil, já que esta, por vezes, é confundida como uma vingança.

Ao contrário do que muitos pensam, porém, a função punitiva não se trata de uma vingança. Muito embora, até encontremos, na história do direito, épocas em que a vingança era utilizada como remédio para comportamentos lesivos, vide a Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”.

Outra ideia errônea alardeada dentre os âmbitos jurídicos é que ao se utilizar da função punitiva, estar-se-ia ferindo o princípio do *bis in idem*, nesse caso, ou está se falando de uma situação em que tem repercussão em ambos, direito penal e civil, ou não se utiliza do verdadeiro conceito desse princípio que é a impossibilidade de uma dupla punição por uma mesma conduta.

Ademais, temos ainda quem se apegue a ideia que não há pena, a não ser a prisão por dívidas alimentares, prevista no Art. 528, §3º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), no Direito Civil. Ou então, que pena seria apenas privativa de liberdade o que nos faria retroceder juridicamente.

É vital que percamos essa ideia tendo em vista que a responsabilidade civil tem sido reinventada e, portanto, merece que vejamos as suas funções sob uma nova ótica e isso inclui a função punitiva que contribui e muito para que tal instituto sirva com eficiência as demandas dele exigidas.

O fundamental das sanções civis punitivas é reagir contra a perspectiva em voga, que invariavelmente remete a responsabilidade civil à pessoa e ao dano, abstraindo-se da pessoa do agente, de sua culpa e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. Elas podem e devem atuar como uma resposta a esta lacuna na teoria da responsabilidade civil, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. Em outros casos, se fará presente mesmo que inexista demonstração concreta de lesão patrimonial ou extrapatrimonial. Indiferente a uma eventual sanção reintegratória, cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referências do Estado Democrático de Direito.

(ROSENVOLD, 2017, p. 48 e 49)

Temos, dessa forma, que a função punitiva pode ser definida enquanto a função que determina uma pena à pessoa que lesa um direito de modo a garantir a prevalência da dignidade da pessoa humana sob o ato lesivo e busca por desencorajar comportamentos que venham a prejudicá-lo. Nas palavras de Nelson Rosenvald “Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis.” (ROSENVOLD, 2017, p. 95)

Não obstante exista resistência a aceitação dessa função da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, ela tem encontrado, cada vez mais, espaço entre as decisões da corte, mesmo que timidamente. Senão vejamos:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR EQUÍVOCO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. SITUAÇÃO QUE PERDUROU POR 24 HORAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO QUE CAUSA SURPRESA AO CONSUMIDOR E ESTRESSE PASSÍVEL DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CASO CONCRETO. DECISÃO QUE POSSUI FUNÇÃO PUNITIVA E PEDAGÓGICA. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 2.500,00, MANTIDO. CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007862642, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luis Antonio Behrensdorf Gomes da Silva, Julgado em 19/10/2018).

(TJ-RS - Recurso Cível: 71007862642 RS, Relator: Luis Antonio Behrensdorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 19/10/2018, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/10/2018)

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. PROTESTO. DÍVIDA QUITADA. CANCELAMENTO. OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR. FORNECIMENTO DE CARTA DE ANUÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO CREDOR. REABILITAÇÃO TARDIA. MANUTENÇÃO INDEVIDA. ATO ILÍCITO CIVIL. DANO EXTRAPATRIMONIAL. CABIMENTO. FUNÇÃO COMPENSATÓRIA, PUNITIVA E PEDAGÓGICA. SENTENÇA MANTIDA. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Em regra, a manutenção do protesto, mesmo após a quitação da dívida, não pode ser imputada como ato ilícito ao credor. 2. O art. 26, da Lei n. 9.492/1997, estabelece, em seu parágrafo primeiro que, diante da impossibilidade de apresentação do título protestado, é dever do credor fornecer a carta de anuência ao devedor. 3. Ainda que seja incontroversa a licitude do protesto da dívida, o credor deve cumprir integralmente a sua responsabilidade obrigacional, quanto à emissão da carta de quitação solicitada pelo Apelado. 4. Consoante dispõe o art. 373, II, do CPC/2015, incumbe ao réu comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 5. Diante da comprovação da requisição da carta de anuência com termo de quitação, documento imprescindível para a baixa do protesto e da não comprovação de sua emissão pelo credor, conclui-se que a permanência do gravame em nome do devedor, mesmo após quitação da dívida, ocorreu de forma ilícita. 6. A reabilitação tardia pelo Credor que deixa de fornecer, imediatamente, a carta de anuência ou de quitação da obrigação é apta a ensejar a devida reparação por dano extrapatriomial. 7. Na relação de consumo, é possível atribuir ao dano extrapatriomial três dimensões funcionais, vale dizer, compensatória, punitiva e preventivo-pedagógica. Em se considerando principalmente as funções punitiva e pedagógica dos danos extrapatriomoniais, diante da longa demora da instituição financeira em resolver o problema do consumidor, é devida a indenização. 8. Verificado que o valor fixado na sentença a título de dano moral atende à finalidade compensatória, punitiva e preventivo-pedagógica do dano extrapatriomial, não é cabível a almejada redução. 9. Os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação foram majorados para 15% (quinze por cento), nos termos do art. 85, § 11 do CPC. 10. Recurso conhecido e não provido.

(TJ-DF 07072173020188070009 DF 0707217-30.2018.8.07.0009, Relator: ROBERTO FREITAS, Data de Julgamento: 28/08/2019, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/09/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Os exemplos supracitados arrimam-se na utilização da função punitiva para relação de consumo, o que não deixa de ser cabível. No entanto, é preciso que haja uma abertura doutrinária para que em casos de responsabilidade civil que envolvam outros âmbitos, as garantias sejam devidamente resguardadas.

Tem-se encontrado o surgimento de novos danos no direito e os “velhos” costumes não tem conseguido suprir as exigências que são feitas a partir das lesões causadas, resultando, assim, em pessoas que terminam por não ter o seu direito resguardado. A função punitiva da responsabilidade civil auxiliaria na proteção do que é justo para sociedade, impedindo a recorrência desses danos.

2.5. A FUNÇÃO PREVENTIVA OU PRECAUCIONAL

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação.”, em 1764 Cesare Beccaria já sabia que o melhor remédio para a ocorrência de um ato ilícito não é o seu combate, mas a sua prevenção.

Na extensão desse trabalho, falou-se a respeito das novas perspectivas que são exigidas da responsabilidade civil ante a presença de novos danos e o embate que o direito tem sofrido para poder correspondê-los de maneira a vencer essa batalha.

A discussão revela então a necessidade de se construir novos moldes responsabilizadores, sob a ótica contemporânea, para que, ante a globalização e a exposição social a danos de consequências grandiosas que podem atingir uma coletividade de pessoas de maneira grave e irreversível, a responsabilidade civil possa atuar de maneira preventiva, a fim de evitar a ocorrência de tais danos, e não mais apenas limitada ao seu aspecto reparatório.

(VIEIRA; EHRHARDT, 2019, p. 6)

Antes, porém, de nos debruçarmos sob as minúcias da função da responsabilidade civil, é importante destacar que quando se fala na adaptação desses institutos às realidades contemporâneas, não se trata de uma ressignificação ou uma reforma completa a esse instrumento, apenas uma adequação de forma a atender com eficiência o que lhe exigido.

A função preventiva, então, segundo Rosenvald, “possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas” (ROSENVALD, 2017, p. 95). Igualmente importante na punição de uma conduta ilícita, é prevenção que ela venha a acontecer novamente.

Portanto, a prevenção é condição *sine qua non* para que os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito sejam protegidos. Dessa maneira, os abusos poderão ser evitados.

Muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro *fundamento* do instituto.

(VENTURI, 2012, p. 73 e 74)

Não há, portanto, entre as funções da responsabilidade civil uma hierarquia. Malgrado, ao fazer uma comparação com um sistema monárquico feudal, o ordenamento brasileiro trate a função reparatória e compensatória enquanto rei, relegando as demais funções senão a posição de meros plebeus, no máximo a função de cavaleiros e vassalos. Apesar de pouco a pouco encontrarmos uma abertura do sistema jurídico, como demonstrado abaixo:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. SUSPENSÃO INDEVIDA DO SERVIÇO. DANO MORAL. CABIMENTO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO À FUNÇÃO RESSARCITÓRIO E PUNITIVA/PREVENTIVA. 1. A indenização em face do dano moral tem caráter resarcitório e punitivo-pedagógico. De um lado, visa reparar, ainda que de forma paliativa, a angústia experimentada pelo lesado. De outro, objetiva impulsionar o ofensor a cercar-se de novos cuidados a fim de não mais incidir em condutas ilícitas da mesma natureza, vale dizer, visa impedir a repetição de fatos idênticos ou assemelhados. 2. Na hipótese específica dos autos, a ré efetivou a suspensão do serviço de fornecimento de energia mesmo após o autor comprovar documentalmente que estava adimplente (fls. 12/17). Outrossim, pode-se imputar erro grosseiro à concessionária de serviço público, que, ao suspender a energia da residência do autor, apresentou documento que claramente, dirigia-se a outra pessoa, bem como fazia menção à unidade consumidora diversa (fl. 24). 3. Outrossim a ré é empresa concessionária de serviço público de significativo porte financeiro. Indenização modesta em termos pecuniários certamente não estimulará a revisar conceitos e comportamentos com o objetivo de não mais praticar a conduta ilícita. Ademais, indenizações módicas têm permitido que o fornecedor lucre com a ofensa moral, preferindo, aqui e ali, arcar com indenizações a aparelhar-se adequadamente segundo as exigências do mercado consumidor e as interpretações assentadas pelo Poder Judiciário. 4. O arbitramento da indenização por dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão da suspensão do fornecimento de energia elétrica na residência do autor, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, ao caráter punitivo-pedagógico da reprimenda. 5. Apelo improvido.

(TJ-PE - APL: 5041025 PE, Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 13/02/2019, 2^a Câmara Cível, Data de Publicação: 11/03/2019)

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. CIRURGIA REPARATÓRIA. IMPERÍCIA. TRÍPLICE FUNÇÃO DO DANO MORAL. COMPENSATÓRIA. PUNITIVA. PREVENTIVA. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. VALOR ÍNFIMO ARBITRADO EM SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - Sendo ínfimo o valor arbitrado em sentença, necessária é sua majoração com o

objetivo de que o dano moral cumpra sua tríplice função, punitiva, compensatória e preventiva; - Dano moral majorado;

(TJ-AM - APL: 00156616919988040012 AM 0015661-69.1998.8.04.0012, Relator: Yedo Simões de Oliveira, Data de Julgamento: 13/07/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 14/07/2015)

As decisões acima confirmam o entendimento de que a função preventiva deve ter um papel mais influente nas cortes brasileiras. No entanto, estão apartadas em muito de cumprirem esta obrigação, sendo necessário que se olhe para a responsabilidade civil atentamente de maneira a encaixá-los em seu devido lugar.

A verdade é que não se pode reduzir a complexidade do modelo aquiliano a uma função exclusiva e unitária. É necessário levantar o véu que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil. Cada uma das suas funções persegue uma necessidade de segurança, porém com desideratos distintos. Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de certeza do direito como uma importante garantia de uma compensação. Por outro turno, a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social...

(ROSENVALD, 2017, p. 128)

Uma forma utilizar essas funções eficientemente na responsabilidade civil é através do *punitive damages*, instituto muito comum no sistema jurídico norte-americano. Estudemos, então, como ele funciona para que possamos analisar uma forma de potencializar as funções da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

3. PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

“Não troco o meu ‘oxente’ pelo ‘ok’ de ninguém” afirmou Ariano Suassuna. Pactuando com essa frase, em outras palavras, temos Mário Quintana: “A nós bastem nosso próprio aí, que a ninguém sua cruz é pequenina, por pior que seja a situação da China, os nossos calos doem muito mais.” (2012, p. 65). Ambos os escritores brasileiros concordam em pensamento quando valorizam a cultura brasileira e voltam o olhar para a riqueza artística presente no país, apesar de todas as suas deficiências.

No entanto, em uma sociedade globalizada, nos deparamos com traços que outrora eram mais explorados em outros Estados que não o Brasil. E nem sempre esse aspecto é negativo. Ao termos a chance de analisar determinados comportamentos de outros países, conseguimos, no que tem de favorável da experiência com aquele instituto, adaptá-lo para que seja utilizado de maneira a resolver qualquer tribulação que se estivesse passando.

Afinal, o conhecimento é feito para instruir-nos no que fazer e no que não fazer. É por esse motivo que nos volvemos para o Direito Norte-Americano. O *punitive damages* já é bem consolidado nas cortes dos Estados Unidos. E, apesar de originalmente não ter surgido lá, sua aplicação é frequente e alvo de discussão por seus doutrinadores que se dividem acirradamente entre defendê-lo e ataca-lo.

Antes de adentramos nos aspectos desse instituto, pertinente se faz colocar que, em despeito do sistema jurídico utilizado ser o de *common law* cuja principal característica está em ser baseado em um sistema de precedentes jurídicos, não se encontrando uma codificação frequente, com o advento, principalmente do Código de Processo Civil de 2015, tem havido uma aproximação do sistema jurídico aplicado no Brasil, o *civil law*, com a *common law*.

[...] O cerne da tradição de *civil law* está relacionado à codificação de áreas do direito e a utilização da lei como principal fonte do direito, cabendo ao juiz decidir dentro do quadro legislativo previamente definido e sem que a sua decisão tenha mais peso para casos futuros do que o texto legal, tendo em vista que não há obrigatoriedade (a princípio) de todos os tribunais e juízes seguirem as decisões judiciais anteriores sobre o mesmo tema, já que a mera menção do texto legislativo fornece o fundamento da decisão judicial, o que vem sendo relativizado com o fortalecimento do uso de precedentes nos países de tradição *civil law*.

(BONNA, 2015, p. 95 e 96)

Tendo em vista o fato de que as decisões judiciais tem encontrado, cada vez mais, força vinculativa, como exemplo, temos a possibilidade do relator decidir monocraticamente um recurso se for contrário a súmula do Superior Tribunal Federal, do Superior Tribunal de

Justiça ou do próprio Tribunal, dentre outros, consoante Art. 1011, I do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Em relação a este ‘algum grau’ (*some degree*) de força normativa dos precedentes... – em todos os países de tradição *common law* e *civil law* – a existência um *continuum* quanto a vinculação do precedente, havendo apenas uma diferença de grau e não de qualidade no manejo dos mesmos, ou seja, em um extremo está a vinculação obrigatória formalmente reconhecida e de outro lado a menção ao precedente com força com força de argumento de persuasão, sendo enganosa a visão do precedente como algo inócuo em países de *civil law* [...] (BONNA, 2015, p.96)

Dessa maneira, não podemos permanecer estagnados na ideia de que o direito norte-americano está distante do brasileiro. É importante que estejamos abertos a procurar analisá-lo friamente e adaptá-lo, no que for possível, ao sistema jurídico do Brasil, sem jamais perder a essência do que nos torna únicos e independentes.

No que tange a forma de governo, mencionamos que há diferença entre o Estado brasileiro e o Estado norte-americano. O primeiro é uma federação, ou seja, seus estados soberanos estão submetidos a um Estado Federal. O outro é uma confederação, seus estados submetem-se a uma Constituição Federal sem perder parte da sua autonomia.

Em decorrência disto, há estados norte-americanos que não são adeptos do sistema de *punitive damages*. São eles: Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire, ainda que encontre apoio no Restatement of Torts, tratado que resume os princípios gerais da responsabilidade civil americana.

A Suprema Corte de quatro estados (Louisiana, Nebraska, Washington, e Massachusetts) declarou que as suas *common law* de responsabilidade civil não permite as indenizações punitivas. Um quinto estado (New Hampshire) aboliu a punição contemporânea por estatuto. (Tradução livre)
(KRAUSS, 2007, p.319)²

Ante ao exposto, passemos a entender um pouco mais a respeito do *punitive damages*.

3.1. CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Como explanado alhures, em se tratando de responsabilidade civil, há diversas funções atreladas a ela. Apesar da mais conhecida ser a função resarcitória/compensatória, há a possibilidade de encontrarmos também a função pedagógica, punitiva e preventiva. Os

² “(...) Four states’ (Louisiana, Nebraska, Washington, and Massachusetts) supreme courts have declared that their common law of tort does not permit the punitive damages. A fifth state (New Hampshire) abolished modern punitives by statute.”

punitive damages são um desdobramento tanto da função punitiva quanto da preventiva que caminham interligados.

[...] Existe a possibilidade de a responsabilidade civil de a responsabilidade civil, a partir da imposição da obrigação de indenizar, desempenhar um papel diverso do resarcitório, indo além do valor para recompor ou compensar o dano sofrido pela vítima, no afã de coibir condutas altamente reprováveis e/ou de evitar a ausência de responsabilização do ofensor pela baixa repressão dos danos causados. A esta função de indenizar está relacionado o instituto do *punitive damages*.

(BONNA, 2015, p.83)

Os *punitive damages* podem ser conhecidos também como *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*. Destaca-se que a simples culpa não é suficiente para ensejar tal instituto do direito. A conduta do agente necessita ter sido premeditada ou maliciosa.

Sob a abordagem do *common law* geralmente seguida, o requerente pode receber *punitive damages* se a conduta do réu foi especialmente errada- por exemplo, imprudente, intencional ou maliciosa. Esses danos excedem o montante necessário para compensar o requerente e impor uma punição para a grave conduta do réu. (Tradução livre)

(HUBBARD, 2006, p. 499)³

É certo que o desenvolvimento da sociedade agravou a incidência dos *exemplary damages*. Contudo, de acordo com a doutrina, sua origem remonta ao Código de Hamurabi, o Código Hindu e a Bíblia. O Direito Romano também já o aplicava quando unia a compensação à punição.

A doutrina dos *punitive damages* tem uma linhagem antiga. O Código Babilônico de Hamurabi, o Código Hindu de Manu, e a Bíblia, todos contém precursores do remédio moderno de *punitive damages*. A lei romana de muitos danos misturava a compensação e a punição. As 12 tábuas datadas de 450 A.C. continha numerosos exemplos de múltiplos danos. (Tradução livre)

(RUSTAD; KOEING, 1993, p.1285)⁴

Os *punitive damages*, porém, consolidaram-se no direito inglês ainda no século XVIII nos casos *Wilke versus Wood* e *Hukle versus Money*, ambos visando repreender atos arbitrários da elite inglesa contra as pessoas das classes comuns.

³ “Under the generally followed common law approach, a plaintiff can receive punitive damages if the defendant's conduct was especially wrongful-for example, reckless, intentional, or malicious. These damages are in excess of the amount needed to compensate the plaintiff and are imposed as punishment for the defendant's egregious conduct.” (HUBBARD, 2006, p. 499)

⁴ “The doctrine of punitive damages has an ancient lineage. The Babylonian Hammurabi Code, Hindu Code of Manu, and the Bible' all contain precursors to the modern remedy of punitive damages. The Roman law of multiple damages blended compensation with punishment. The Twelve Tables dating from 450 B.C. contained numerous examples of multiple damages. (RUSTAD; KOEING, 1993, p.1285)

[...] A corte Inglesa poderia punir as elites poderosas por atos de opressão da elite por atos de opressa contra as pessoas comuns.

Os casos ingleses do século XVIII requeriam má conduta intencionalmente agravada para a concessão dos *exemplary damages*. Os casos complementares de *Wilkes v. Wood* e *Hukle v. Money* provinha da opressiva conduta dos agentes do governo em suprimir *The North Briton*, um jornal crítico do secretário do Rei George II, Lord Halifax. O editor do jornal recebeu *exemplary damages*, um remédio que traça seu conceito de múltiplos danos do século XIII. Em *Hukle*, uma falsa ação de prisão e transgressão contra agentes do rei, a introdução de Lord Camden do termo "*exemplary damages*" compreendeu o primeiro uso da frase como uma doutrina legal formal. (Tradução livre)

(RUSTAD; KOEING, 1993, p.1287 a 1289)⁵

Nos Estados Unidos, o primeiro caso de *punitive damages* se deu em 1784. Utilizava-se esse instituto, à época, para condutas intencionais e arbitrárias. Já no século XIX, era aplicado quando havia o desrespeito grosseiro de um direito. Foi apenas no século XX em que ele se estabeleceu e se tornou recorrente nas jurisprudências norte-americanas.

De 1989 a 2008, a Suprema Corte Americana julgou 9 casos de *punitive damages*, que são considerados os mais importantes para estabelecer os seus pressupostos e precedentes. Analisaremos alguns deles posteriormente, no entanto, como posto outrora, é necessário estudarmos a experiência para que possamos bem aplicá-lo na realidade do Brasil.

Aponta-se que a responsabilidade civil no direito norte-americano, assim como na experiência brasileira, é constituída pelo ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa. Havendo também a possibilidade de responsabilidade civil objetiva, onde não se considera a culpa.

A responsabilidade civil (*Law of torts* ou *tort*) no direito norte-americano é composta pelo ato ilícito (*civil wrong* ou *wrong act*) – que se manifesta também em descumprimento de obrigação contratual – e pelo dano (*damage*), podendo a vítima deste intentar ação de indenização de caráter punitivo. A responsabilização civil também se aplica na hipótese de atos intencionais, negligentes e até mesmo sem culpa, na denominada responsabilidade objetiva, em todo o caso exigido o nexo causal entre a conduta e o dano causado.

(BONNA, 2015, p. 88)

⁵“ (...) the English courts could punish powerful elites for acts of oppression against the common people. Eighteenth-century English cases required intentional aggravated misconduct as a predicate to the awarding of exemplary damages. The companion cases of *Wilkes v. Wood* and *Huckle v. Money* stemmed from the oppressive conduct of government agents in suppressing *The North Briton*, a newspaper critical of King George II's Secretary, Lord Halifax. The editor of the newspaper received exemplar damages, a remedy that traces its roots to the thirteenthcentury concept of multiple damages. In *Huckle*, a false imprisonment and trespass action against agents of the King, Lord Camden's introduction of the term "exemplary damages" comprised the first use of the phrase as a formal legal doctrine.”. (RUSTAD; KOEING, 1993, p.1287 a 1289).

Uma das maiores diferenças entre o sistema judiciário norte-americano e o brasileiro está em que, no primeiro, há a previsão de um júri formado por cidadãos leigos para que sejam julgados determinados casos, dentre eles, os de *punitive damages*. No Brasil isso só é possível em se tratando de crimes dolosos contra a vida de acordo com o Art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de acordo com Alexandre Bonna.

Registre-se que não é possível aplicar os *exemplary damages* em toda e qualquer situação. Este instituto, apesar dos defeitos que veremos posteriormente, é bem sólido e, portanto, composto de critérios objetivos e subjetivos bem como de funções. É o que passamos a averiguar.

3.2. AS FUNÇÕES DO PUNITIVE DAMAGES NOS ESTADOS UNIDOS

Quando falamos em funções dos *punitive damages*, importante se faz mencionar que, em nenhum momento há uma desvinculação das funções da responsabilidade civil de maneira que elas objetivam, de um modo geral, coibir práticas que têm sido recorrentes no direito norte-americano.

A doutrina estadunidense destaca que os *exemplary damages* possuem como missão desestimular o infrator e a sociedade, a punição do infrator, a educação, a compensação e o cumprimento da lei ou justiça pública. “A análise dos *punitive damages* podem servir a 5 objetivos os quais estão constantemente inter-relacionados. Esses objetivos incluem a punição, a detenção, a compensação e o policiamento” (KAUFMAN, 2003, p.6)⁶.

As funções do *punitive damages* podem ser divididas e subdivididas em qualquer número de maneiras sobrepostas, mas a divisão seguinte pode ser útil aos pontos particulares examinados aqui: (1) educação, (2) retribuição, (3) dissuasão, (4) compensação, (5) cumprimento da lei. (Tradução livre)
(OWEN, 1994, p. 374)⁷

Registre-se que a doutrina diverge a esse respeito. Há autores que colocam enquanto função apenas a retribuição e a detenção como é o caso de Bert I. Huang⁸. Outros, ainda,

⁶ The assessment of the punitive damages can serve five objectives which are often interrelated. These objectives include punishment, deterrence, compensation, education and policing. (KAUFMAN, 2003, p.6)

⁷ “The functions of punitive damages can be divided and subdivided in any number of overlapping ways, but the following division should prove useful for the particular points examined here: (1) education, (2) retribution, (3) deterrence, (4) compensation and (5) law enforcement.” (OWEN, 1994, p. 374)⁷

⁸ HUANG, Bert. I. Surprisingly Punitive Damages, Virginia Law Review, Vol. 100, p. 1027, 2014; Columbia Law & Economics Working Paper No. 497; Columbia Public Law Research Paper No. 14-422 (2014). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1879

incluem a punição como temos a autora Renée Charlotte Meurkens⁹. De toda forma, serão estudadas todas as funções mencionadas no parágrafo anterior.

3.2.1. *Deterrence* (Dissuasão)

O próprio nome da função já dá uma ideia do seu objetivo, qual seja, dissuadir a prática de danos. É subdividida em *specific deterrence* (dissuasão específica), relacionada ao ofensor, e *general deterrence* (dissuasão geral), direcionada a impedir a sociedade de cometer o mesmo erro. É um desdobramento da função preventiva tendo já que busca desestimular uma prática que ainda não ocorreu.

A função deterrence ('deter') equivale à função preventiva tendo em vista que visa a coibir atos danosos graves e altamente censuráveis, e subdivide-se em *specific deterrence* – voltada a coibir reiteração da conduta indesejada pelo próprio ofensor – e *general deterrence* – voltada à sociedade em geral, possibilitando brecar potenciais transgressores.

(BONNA, 2015, p. 103)

Isso ocorre em virtude da publicidade da decisão norte-americana. Lá há uma publicidade maior que no Brasil. As decisões brasileiras são divulgadas apenas no Diário de Justiça, o que obsta, em partes, que ela funcione para impedir a sociedade de cometer o mesmo erro do ofensor.

Esta preocupação com a comunicação da decisão que se aplica os *punitive damages* não se faz presente na experiência jurídica brasileira com a indenização punitiva, já que as sentenças e acórdãos que as fixam têm a sua divulgação limitada ao Diário de Justiça, o qual dificilmente é lido pela sociedade em geral. Por esse motivo, a função de *deterrence* pode se manifestar no Brasil em sua faceta *specific*, àquela que se volta a desestimular o ofensor que suporta o pagamento da indenização.

(BONNA, 2015, p. 104)

O valor da função *deterrence* está em impedir que condutas que acontecem constantemente e poucas vezes chegam ao conhecimento da justiça sejam desencorajadas em virtude de a indenização não suportar apenas a restituição/compensação do dano, mas ir aquém.

⁹ MEURKENS, Renée Charlotte. **Punitive damages**: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe. Deventer: Wolters Kluwer Business. 2014. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/files/1624684/guid-cd2b5e71-b922-47dc-894a-93d9828ff6ff-ASSET1.0>. Acesso em: 18 fev. 2020

Porque é de conhecimento comum que a má conduta, de fato, geralmente passa despercebida e impune, *punitive damages* ajuda a deter a má conduta servindo para sensacionalizar e consequentemente publicizar a apreensão e punição de infratores considerados culpados de notada conduta imprópria. Tais indenizações são pensadas para deter os ofensores em potencial de uma variedade de coisas: (1) Que certos tipos de condutas voladoras de interesses de outras pessoas são impróprias e sujeitas a remédio legal [...], (2) Que violações intencionais e outras flagrantes da lei ainda estão sujeitos a punição em valores superiores ao retorno dos bens roubados e (3) que, apesar de que a punição possa ser incerta, é provavelmente suficiente (por causa do incentivo monetário dada as vítimas em processar certos ofensores) e pode ser grande o suficiente para tirar a lucratividade aparente dos roubos contemplados.

(OWEN, 1994, p. 377 e 378)¹⁰

Do trecho supracitado, podemos perceber que os *punitive damages* vão além de uma simples punição ou vingança. Este instituto visa garantir, inclusive, a segurança jurídica dos cidadãos visto que impede futuras condutas que violariam os seus direitos já resguardados pela constituição. Conduta essa que presenciamos constantemente no Brasil e que devem ser dissuadidas.

3.2.2. *Retribuição* (Retribuição/Castigo)

A retribuição busca restituir o mal causado através de um algo transcende a mera reparação tendo em virtude da conduta ser tão abominada pela sociedade que exige uma resposta do Estado.

Pode inicialmente parecer estranho em um sistema legal moderno para lei ser baseada em um tipo de sistema privado de vingança, mas é inteiramente apropriado para a lei permitir a pessoa ferida por conduta indevida exalar sua indignação, extraindo do infrator uma multa judicial. Essa forma de retribuição é apropriado porque protege e promove os valores mais fundamentais que apoiam a lei- liberdade e igualdade. (Tradução livre)

(OWEN, 1994, p. 375)¹¹

¹⁰ “Because it is common knowledge that misconduct, in fact, often goes undetected and unpunished, punitive damages help to deter misconduct by serving to sensationalize, and hence to publicize, the apprehension and punishment of offenders found guilty of egregious misconduct. Such awards are thought to deter by informing potential offenders on a variety of things: (1) that certain types of conduct violating the interests of other persons are improper and subject to legal remedy, as discussed in the educative function discussion earlier; (2) that intentional and other flagrant violations of the law are further subject to punishment in amounts exceeding the return of the stolen goods and (3) that, although punishment may be uncertain, it is likely enough (because of the monetary incentive given victims to prosecute such offenses) and may be large enough to take the apparent profitability out of contemplated thefts.”. (OWEN, 1994, p. 377 e 378)

¹¹“ It may initially seem strange in a modern legal system for the law to be based on a kind of private revenge, but it is entirely appropriate for the law to allow a person injured by the wanton misconduct of another to vent his outrage by extracting from the wrongdoer a judicial fine. This form of retribution is appropriate because it protects and promotes the two most fundamental values that support the law-freedom and equality” (OWEN, 1994, p. 375)

Nessa oportunidade, ressalta-se que não se trata de uma vingança tal qual a estabelecida pela Lei de Talião. Refere-se, então, a uma punição pelo comportamento abominado não só pelo ofendido, como pela sociedade. Na verdade, a punição nessa situação tem relação com o que diz Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* "... É a certeza de ser punido, já não o teatro abominável, que deve desviar as pessoas do crime." (FOUCAULT, p.14).

Porque *punitive damages* são designados para punir uma conduta que é 'quase criminal', sua justificação é baseada na teoria da retribuição facilitada por examinar a doutrina em termos de metáfora baseada em roubo. O infrator (o 'ladrão') merece ser punido porque ele 'roubou' coisas de valor de ambos, indivíduo e sociedade, que precisam ser retomados em ordem para prevenir a empobrecimento injusto da vítima (e sociedade) e o injusto enriquecimento do ladrão. (Tradução livre) (OWEN, 1994, p. 375)¹²

Não podemos esquecer que os *exemplary damages* não podem ser utilizados para todo e qualquer tipo de dano, mas sim para àqueles que são especialmente abomináveis pela sociedade como temos em sua própria definição alhures. Ademais, a punição não pode ser empregada solitariamente, mas em conjunto com as demais funções para que cumpra o seu objetivo e dê mais eficiência à lei.

3.2.3. *Education (Educação)*

A educação está interligada a função pedagógica da responsabilidade civil outrora explanada. Dessa forma, esta busca ensinar tanto ao ofensor quanto a sociedade que não compensa já que, levando-se em consideração que futuramente os seus atos não restarão impunes.

Punitive damages cumprem uma forte função educativa para ambos, o ofensor do indivíduo e a sociedade em geral, em dois aspectos significativos. Primeiro, *punitive damages* atesta a existência de um determinado direito legalmente protegido ou interesse pertencente ao autor, por um lado, e um dever legal correlato por parte do réu de respeitar esse interesse, por outro. Segundo, *punitive damages* proclama a importância que a lei atribui ao direito invadido particular do autor, e a correspondente condenação que a sociedade atribui à sua flagrante invasão pelo tipo de conduta praticada pelo acusado. (Tradução livre) (OWEN, 1994, p. 363)¹³

¹² "Because punitive damages are designed to punish conduct that is "quasi-criminal," their justification based on a retribution theory is facilitated by examining the doctrine in terms of a metaphor based on theft. The wrongdoer (the "thief") deserves to be punished because he has "stolen" things of value, from both the individual and society, that need to be returned in order to prevent the unjust impoverishment of the victim (and society) and the unjust enrichment of the thief." (OWEN, 1994, p. 375)

Portanto, como posto algures, os *exemplary damages* atravessam as fronteiras da simples vingança ou punição. Ele visa resguardar os direitos, tanto individuais quanto coletivos, de serem feridos. Trata-se de um instituto complexo que não deve ser subestimado, pois, dada a devida aplicação, ele pode reduzir em muito determinados danos tão recorrentes no ordenamento jurídico não só norte-americano como no brasileiro também.

3.2.4. Compensation (Compensação)

Quando um dano é sofrido e há a necessidade de ser questionado judicialmente, passa-se pelo inconveniente tanto do prejuízo quanto da morosidade da justiça, dispêndio de valores com advogados e custas processuais. Dessa forma, quando se fala em compensação nos *punitive damages*, está correlacionado ao reembolso das despesas materiais que o ofendido exaure por causa do dano.

Por mais incompatível que possa parecer, os *punitive damages*, são também evocados para desempenhar uma função compensatória (*compensation*), não em relação ao dano sofrido, mas sim para fazer frente a outros prejuízos inerentes a uma batalha judicial, como honorários contratuais do advogado, que tornam o valor recebido pela vítima insuficiente para compensar em sua inteireza o dano suportado. De fato, além de a vítima suportar o dano, tem de enfrentar um enorme desgaste com a sua judicialização.

(BONNA, 2015, p. 107)

É fundamental realçar que o valor da indenização não deve sobrepujar o montante dispendido com os gastos relativos ao processo e para que a vítima possa ser restituída do seu bem, se possível. Não é objetivo dos *exemplary damages* enriquecer a vítima sem causa ou empobrecer o ofensor. A maior característica desse instituto é a busca por uma justiça que protege o direito de abusos.

3.2.5. Law Enforcement (Cumprimento da Lei)

¹³ “Punitive damages serve a strong educative function for both the individual offender and society in general, in two significant respects. First, punitive damages certify the *existence* of a particular legally protected right or interest belonging to the plaintiff, on the one hand, and a correlative legal duty on the part of the defendant to respect that interest, on the other. Second, punitive damages proclaim the *importance* that the law attaches to the plaintiff’s particular invaded right, and the corresponding *condemnation* that society attaches to its flagrant invasion by the kind of conduct engaged in by the defendant.” (OWEN, 1994, p. 363)

Quando nos deparamos com uma situação na corte judicial que não é devidamente julgada, surge uma sensação de impunidade ou inutilidade da lei, principalmente em um país como o Brasil em que as positivações legais são constantes, mas a fiscalização do seu cumprimento nem tanto e, consequentemente, não há a responsabilização pelo seu descumprimento.

É nesse sentido que surge a função de cumprimento da lei dos *punitive damages*. Persegue-se, como resta cristalino pelo próprio nome, preservar a norma de injúrias por parte dos cidadãos e, se isso vem a se tornar realidade, garantir que os seus infratores não saiam impunes.

O objetivo do cumprimento da lei, portanto, está intimamente interligada com cada uma das outras funções do *punitive damages*, mas está mais intimamente ligada a dissuasão. Em certo sentido, a aplicação da lei é o lado oposto da moeda de dissuasão e vice-versa. A dissuasão pode ser vista como operacional *ex ante*, na prevenção de possíveis infratores violarem a regra, enquanto que a aplicação da lei pode ser vista como uma operação *ex post*, na captura e punição de infratores que não são dissuadidos. Ainda, o potencial do cumprimento da lei de tais indenizações pode também ser visto como operacional *ex ante*, em prover um aviso para as pessoas contemplar as irregularidades das consequências de tal má conduta. Se o cumprimento da lei se provar bem sucedida a esse respeito, então o infrator terá sido detido, *ex post*. E assim a moeda de dissuasão da lei gira para sempre. (Tradução livre)

(OWEN, 1994, p. 380)¹⁴

Não é redundante aludir que os *exemplary damages* se adaptam de forma a proteger os interesses do mais vulnerável da situação, o que se encaixaria em perfeição com as necessidades que o ordenamento brasileiro tem exigido nas demandas judiciais. Principalmente com os danos que tem crescido de maneira exponencial no país em virtude, principalmente, da internet.

No entanto, antes de pesquisarmos a esse respeito, é indispensável assimilar como ocorre a sua aplicação no tribunal e quais os pressupostos exigidos para que sejam aplicados.

3.3. O PROCESSO DO *PUNITIVE DAMAGES* NOS ESTADOS UNIDOS

¹⁴ “The law enforcement goal, therefore, is closely intertwined with each of the other functions of punitive damages, but it is most closely tied to deterrence. In a sense, law enforcement is the opposite side of the deterrence coin, and vice versa. Deterrence may be viewed as operating *ex ante*, in preventing prospective wrongdoers from violating the rules, whereas law enforcement may be seen as operating *ex post*, in catching and punishing wrongdoers who are not deterred. Yet, the law enforcement potential of such awards might also be viewed as operating *ex ante*, in providing a warning to persons contemplating wrongdoing of the consequences of such misconduct. If law enforcement proves successful in this respect, then the wrongdoing will have been deterred, *ex post*. And so the law enforcement-deterrence coin forever turns.”. (OWEN, 1994, p. 380)

Como já fora mencionado, o processo jurídico nos Estados Unidos ocorre de maneira diferente que no Brasil. A começar pelo fato de que nem todos os estados adotam esse instituto, visto que em sendo composto por 50 estados dos quais apenas 4 não são adeptos desse instrumento. No entanto, a forma de conduzir o processo se dá de maneira parecida na maioria deles, podendo haver pequenas diferenças em virtude da maneira organizacional do país.

Em se tratando de os *punitive damages* que buscam repreender condutas que transcendem a simples violação de um direito, é comum sua presença em casos que envolvem dano extrapatrimonial diante da natureza da lesão, apesar de não estar restrito apenas a ele, como destaca o autor André Gustavo Corrêa de Andrade:

O âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todas as áreas da responsabilidade civil, com destaque para os casos de responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), danos em acidentes de trânsito (*transportation injuries*). A indenização punitiva tem sido aplicada, também, em casos variados de ilícitos internacionais (*intentional torts*), em casos de responsabilidade de profissionais em geral (*liability of the professional*), fraude (*fraud* ou *misrepresentation*), invasão de privacidade (*invasion of privacy*), assédio sexual (*sexual harassment*), dentre outros. (ANDRADE, 2006, p. 141 e 142)

Há, no procedimento dos *exemplary damages* norte-americano, uma particularidade: a presença de um júri em seu julgamento. Enquanto a presença de jurados no Brasil ocorre apenas em casos de crimes dolosos contra a vida, nos Estados Unidos, a presença deles nesse instituto é fixa.

Segundo George L. Priest¹⁵ Os jurados são escolhidos entre os cidadãos americanos, a maioria dos estados escolhem pelas listas de votantes ou lista de motoristas licenciados. Mas dessa escolha até ser jurado de um caso é uma seleção ainda mais criteriosa.

A mera aparição no serviço judiciário, no entanto, ainda está muito longe de ser escolhida para fazer parte de um júri e ainda mais longe de se sentar para determinar *punitive damages*.

Apenas uma pequena fração dessas pessoas que são obrigadas a reportar-se ao serviço judiciário acabam sentadas em um júri em um julgamento real. Um fração ainda menor serve em um júri determinando *punitive damages*. (Tradução livre) (PRIEST, 2002, p. 6)¹⁶

¹⁵ PRIEST, George L.. The Problem and Efforts to Understand It. In: SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Kip. **Punitive Damages: How Juries Decide.** Chicago: The University Of Chicago Press, 2002. p. 1-285.

¹⁶ “Appearing for jury service, however, remains a long way from being chosen to sit on a jury and even further from sitting on a jury to determine punitive damages. Only a small fraction of those persons obliged

Ainda sob a ótica do mesmo autor, ele descreve que a partir dessa lista, os potenciais jurados serão interrogados pelos advogados de ambas as partes que terão um número determinado de perguntas para selecionar um jurado que possa concordar com a sua defesa a respeito do caso. Ainda, a maioria dos estados norte-americanos permitem que os advogados apresentem algumas partes do caso antes do julgamento para descobrir a tendência do possível jurado.

Após selecionados, a audiência é aberta com o discurso do advogado da vítima, autor da ação, onde são apresentados os fatos do caso e o pedido. Logo depois, o advogado do réu apresenta a sua defesa. Então, começa a participação dos jurados guiados pelo juiz que os fará algumas perguntas em relação ao caso.

Levando em consideração que os *punitive damages* é considerado um instituto anômalo, o julgamento é, doutrinariamente, dividido em duas partes. Procurar-se-á, à priori, responsabilizar o réu pelo dano, apresentando evidências de que houve dano causado pelo réu através da violação de alguma norma. Em sendo positivo, temos o que se chama de *compensatory damages* (danos compensatórios).

“Para o julgamento em si, o júri deve primeiro determinar o que é chamado de responsabilidade do réu. A questão aqui é se o júri acha que o réu é responsável – legalmente responsável – pelo mal sofrido pela vítima. Se o júri acha que o réu é responsável, o júri deve em segundo determinar o nível de danos que compensarão o autor pelo mal sofrido pelas ações do réu, chamados *compensatory damages*.

(...)

Para estabelecer a responsabilidade do réu, o autor deve apresentar evidências mostrando (1) que o autor sofreu algum mal; (2) que o réu causou o mal ao autor; e (3) que, ao causar o mal, o réu violou alguma norma legal padrão que controla a conduta na sociedade.” (Tradução livre)

(PRIEST, 2002, p. 8 e 9)¹⁷

Em um segundo momento, é determinado a respeito dos *punitive damages*. Alguns estados permitem que as perguntas a respeito deste seja feita ao mesmo tempo em que se questiona a respeito da responsabilidade do réu. A maioria dos estados, contudo, mantém o procedimento em duas partes, portanto, o júri só será questionado a respeito dos *exemplary*

to report for jury servissee ever ends up sitting on a jury in na actual trial. Na even smaller fraction ever serves on a jury determining punitive damages.” (PRIEST, 2002, p. 6)

¹⁷ “For the trial itself, the jury must first determine what is called the liability of the defendant. The question here is whether the jury finds the defendant to be liable – legally responsible – for the harm suffered by the plaintiff. If the jury finds the defendant liable, the jury must secondly determine the level of damages will compensate the plaintiff for the harm suffered by the actions of the defendant, called compensatory damages. (...) To establish the defendant’s liability, the plaintiff must present evidence showing (1) that the plaintiff suffered some harm; (2) that the defendant caused the harm to the plaintiff; and (3) that, in causing the harm, the defendant violated some legal standard controlling conduct in the society” (PRIEST, 2002, p. 8 e 9)

damages ulteriormente, onde será perguntado se o réu agiu com tamanha imprudência de modo a ensejar *punitive damages*. Se a resposta for não, o julgamento é encerrado. Se a resposta for sim, marca-se uma nova data para determinar o montante.

A esse ponto, o bifurcado versus unificado procedimento difere um pouco. Onde haverá uma audiência separada, bifurcada sobre danos punitivos, o júri tipicamente perguntará uma terceira questão ‘Você acha que a ação do réu foi tão imprudente a ponto de justificar o *punitive damages*?’ Se os jurados responderem ‘sim’ a essa resposta, então uma audiência separada será convocada para em uma data mais tarde para considerar o quantum de *punitive damages*; se a resposta for não, então o julgamento é encerrado. (Tradução livre)

(PRIEST, 2002, p. 11)¹⁸

Antes de estudarmos um pouco a respeito dos pressupostos para aplicação dos *punitive damages*, urge salientar que é na forma de julgamento que se encontra uma das críticas a esse instituto.

Embora as evidências sobre esse problema sejam esparsas, parece que outro problema significativo no sistema de avaliação dos danos punitivos dos estados atuais é o fracasso de muitos jurados em atender às instruções que recebem dos juízes sobre a determinação da responsabilidade por *punitive damages*.

(KAUFMAN, 2003, p.32)¹⁹

Isso muitas vezes é questionado em virtude da falta de conhecimento por parte dos jurados já que os *punitive damages* são utilizados de forma extraordinária e por concentrar uma gama de critérios para que seja estabelecido, além dos altos valores que são determinados ao serem identificados. Assim, aponta-se que os jurados não são indicados para determinar tal instituto.

3.4. PRESSUPOSTOS DO PUNITIVE DAMAGES

Conforme exposto no tópico supracitado, a audiência a respeito dos *punitive damages* são marcadas pela presença de jurados cuja função é decidir, primeiro se há a responsabilidade por parte do réu e depois se a sua conduta foi tão imprudente a ponto de

¹⁸ “At this point the bifurcated versus unified procedures differ somewhat. Where there will be a separate, bifurcated hearing on punitive damages, the jury will typically be asked a third question: ‘Do you find that the defendant’s action were of a level of recklessness to justify punitive damages?’; If the jury answers this question ‘yes’, then a separate hearing will be convened at a later date to consider the quantum of punitive damages; if it answers ‘no’, then the trial is over.” (PRIEST, 2002, p. 11)

¹⁹ “While evidence on this problem is sparse, it does seem that another significant problem with current states systems of assessing punitive damages is the failure of many jurors to heed or understand the instructions they receive from judges regarding the determination of liability for punitive damages.” (KAUFMAN, 2003, p.32)

ensejar o instituto. Para isso, é necessário que observem, de acordo com o caso concreto, a presença dos elementos objetivos e subjetivos que são característicos da responsabilidade civil e dos *exemplary damages*.

Para que os *punitive damages* sejam aplicados na experiência norte-americana, o julgador (leia-se júri) deve respeitar algumas condições e estar atento para a presença de alguns elementos de ordem objetiva e subjetiva.

(...)

A base destes requisitos está no questionário que é entregue ao júri e fundamenta seu julgamento, o qual possui certa uniformidade de conteúdo em diversos Estados que permitem a aplicação dos *punitive damages*. A lapidação desses pressupostos também é encontrada nos precedentes da Suprema Corte do país...

(BONNA, 2015, p. 113 e 114)

Dessa feita, como demonstrado anteriormente, algumas perguntas são feitas ao júri e é através delas que se determina a presença ou não dos pressupostos exigidos e, portanto, conclui-se que houve o dano, devendo o réu, no mínimo, *compensatory damages* (dano compensatório) ao autor da ação.

As perguntas feitas ao júri direciona o juiz a descobrir a presença dos elementos essenciais a Responsabilidade Civil Objetiva, quais sejam, o dano (quando se pergunta se a vítima sofreu algum dano), o nexo causal (quando é perguntado se o réu causou dano à vítima) e o ato ilícito (quando é perguntado se ao causar aquele mal, o réu infringiu alguma norma legal).

No que concerne os elementos subjetivos, todos estão relacionados aos *punitive damages* e se são cabível ou não ao caso concreto. Sua definição também é feita mediante uma pergunta aos jurados, qual seja, “Se o réu agiu tão imprudentemente de forma a ensejar os *punitive damages*?”.

No capítulo 5 do livro “How Juries Decide” (Como os jurados decidem), os autores Reid Hastie, David A. Schkade e John W. Payne²⁰, fazem um estudo a respeito do julgamento dos elementos subjetivos que ensejam os *punitive damages*, sendo estes a malícia (*malicious*), a imprudência (*recklessness*) e a negligência insensível ou cruel (*callous disregard*).

[...] Existem duas justificativas gerais para conceder os *punitive damages*: (1) descobrir que o réu foi malicioso ou (2) descobrir que a ação do réu exibiu imprudência ou negligência cruel para prejudicar os outros. A primeira justificativa

²⁰ HASTIE, Reid; SCHKADE, David A.; PAYNE, John W. Judging Corporate Recklessness. In: SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Kip. **Punitive Damages: How Juries Decide.** Chicago: The University Of Chicago Press, 2002. p. 1-285.

é suficiente por ela mesma, a segunda requer que o conjunto de quatro condições estejam presentes. (Tradução livre)
(HASTIE, Reid; SCHKADE, David A.; PAYNE, John W, 2002, p.88)²¹

Ainda de acordo com os mesmos autores, a simples malícia, então, é suficiente para que se ocasione o *exemplary damages*, no entanto, no que tange a imprudência e a negligência, é necessário que se analise se há a consciência do perigo (*conscious of danger*), negligência perigosa (*disregard danger*), grave desvio (*gross desviation*), resultado perigoso (*dangerous outcome*).

Esses critérios não são bem definidos tendo em vista a sua subjetividade, e por isso, alguns doutrinadores se concentram nesse aspecto para criticar os *punitive damages*. Tendo em vista esses critérios, o autor Alexandre Bonna traz uma boa definição de cada um deles, vejamos:

Primeiramente, deve o réu ter a consciência do perigo (*conscious of danger*), estando subjetivamente ciente do risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta. Em segundo lugar, deve o réu se portar com indiferença perante este risco (*disregard danger*), o que indica que mesmo após seu ato isoladamente, a apatia subsistiu. Em terceiro plano, o comportamento do réu deve ser marcado por um grave desvio (*gross desviation*), de modo que no momento de decidir como agir, o réu tenha optado pelo caminho do perigo e da produção de danos. Em último lugar e complementando as fases anteriores, deve a conduta do réu ser caracterizada por um desvio patente de cuidado (*dangerous outcome*) de tal modo que uma pessoa comum não cometaria.

(BONNA, 2015, p. 121)

Quando falamos em imprudência, então, temos a falta de cuidado por mero desinteresse na consequência que terá aquela ação, se irá ou não ferir alguém, mesmo que se tenha consciência que, de fato, aquela conduta não está de acordo com a norma posta. Em relação à negligência, temos que o réu não deveria ser ignorante a respeito de determinado fato que o impediria de cometer o ato ilícito.

“A expressão ‘reckless disregard’, comumente utilizada para marcar o *punitive damages*, indica a imprudência (*reckless*) qualificada pela indiferença (*disregard*) com os direitos alheios, tornando a conduta mais censurável do que outras imprudentes, pelo simples fato de o réu ter agido com ou se mantido em um estado de indiferença, ignorando os riscos de perpetração de danos, mesmo conhecendo-os. [...] Um exemplo de imprudência com total indiferença diz respeito a um empregador, que, após realizar testes de segurança, sabia que o uso de determinado equipamento não garantia a proteção adequada do trabalhador, mas pensando em

²¹ “... There are two general justifications for awarding punitive damages: (1) finding that the defendant was malicious or (2) finding that the defendant’s actions exhibited reckless or callous disregard for risks the others. The first justification is sufficient by itself, but the second requires that a conjunction of four conditions to be present.” (HASTIE, Reid; SCHKADE, David A.; PAYNE, John W, 2002, p.88)

poupar gastos, decidiu adotar mesmo assim este equipamento em detrimento de outro mais caro.

[...]A ‘*gross negligence*’, de outro lado, se manifesta quando... o réu deveria ter conhecimento das circunstâncias que tornariam sua conduta danosa, porém, em um nível inaceitável e grave não pautou seu ato em questões que deveria ter conhecimento para evitar o dano.

[...]Um exemplo de negligência grave é o caso de companhia especializada em um estudo de caso de qualidade de água, que, após ser contratada para atestar se a qualidade da água de determinada comunidade estava dentro dos níveis de qualidade exigidos, não atestou a quantidade de componente químico danoso à saúde por ter passado despercebido no estudo.”

(BONNA, 2015, p. 119 e 120)

Perante o exposto, podemos depreender que em termos de responsabilidade civil, a experiência norte-americana e a brasileira se assemelham. A diferença é que para que sejam utilizados os critérios puramente objetivos no ordenamento do Brasil, deverá haver a previsão na lei, enquanto nos Estados Unidos, ocorrendo a incidência de *compensatory damages* (danos compensatórios) esta é aplicada.

Dentre outras aproximações, importante se faz mencionar que há possibilidade de serem aplicados os *exemplary damages* no Brasil em virtude de encontrarmos uma gama de situações em que se encaixariam. Apenas a título de exemplo, podemos citar a reincidência ao dano moral, que serão estudados no capítulo posterior, mas que tem crescido bastante no ordenamento jurídico brasileiro.

Inclusive, tem crescido entre os doutrinadores brasileiros, a defesa da aplicação desse instituto em decorrência do surgimento de novos danos. Na verdade, o que se tem visto é o aumento do lucro ilícito por parte de pessoas que tem condutas que ensejam danos a outrem e não respondem por seus atos. É por esse motivo que os *punitive damages* funcionariam na corte jurídica do Brasil. Antes de nos depararmos com esse imbróglio, vamos a algumas decisões para que possamos entender um pouco mais a respeito da aplicação desse instituto e como poderíamos adaptá-lo a realidade do país.

3.5. DECISÕES SOBRE *PUNITIVE DAMAGES* NA CORTE NORTE-AMERICANA

Em razão do sistema jurídico adotado nos Estados Unidos, *common law*, e da forma de governo adotada, federalismo, nem todos os estados adotam o *punitive damages*, além disso, as suas decisões a respeito desse instituto divergem, desse modo, concentrar-nos-emos em analisar decisões de alta publicidade em todo o país.

Relembramos que as decisões relativas aos *punitive damages* são aquelas em que a conduta do ofensor é caracterizada pela presença de malícia, imprudência e negligência, por sua vez, prejudicando gravemente o ofendido.

Um dos casos mais icônicos referentes aos *exemplary damages* foi o Liebeck versus McDonald's, sendo alvo de documentários, reportagens e menção em piadas humorísticas. Também é escopo de diversas críticas por todo o país uma vez que o montante recebido a título de indenização foi alta. Vamos ao relato²², então.

Em fevereiro de 1992, Stella Liebeck foi com o seu neto, que dirigia ao momento, ao *drive-thru* do McDonald's comprar café. Ao receber o pedido, o carro foi estacionado para que a senhora Liebeck pudesse adicionar açúcar e creme à bebida. Sendo que ao retirar a tampa da bebida, com dificuldade, derramou o café em toda extensão do seu corpo, recebendo queimaduras de 3º grau, diagnosticadas por um cirurgião plástico do hospital em que ficou internada por 8 dias. Suas despesas em virtude do dano perfizeram o valor de R\$ 11.000 (onze mil dólares).

Um pouco mais recuperada, Liebeck avisou o McDonald's do acidente e solicitou o pagamento das despesas médicas, mas eles negaram a assistência. Após contatar um advogado e buscar fazer acordo mais de uma vez, Stella não viu outra alternativa senão ingressar na justiça.

Em julgamento, por meio de uma evidência, chegou ao conhecimento da corte que mais de 700 reclamações, entre 1982 e 1992, já haviam sido feitas ao McDonald's sobre a temperatura do café causar queimaduras de 3º grau. Ainda assim, a empresa mantivera a temperatura do café entre 180 e 190 graus, ignorando todas as queixas.

Em sua defesa, a empresa alegou manter a temperatura nesse nível por ser uma preferência de seus clientes, além de manter o sabor do líquido apurado para que não perdesse o sabor depois de um tempo. Ademais, alegou que as 700 reclamações eram insignificantes quando se comparava com os bilhões que bebiam todos os dias e que Liebeck era responsável por suas feridas já que derramou o café em si mesma.

O especialista do McDonald's testemunhou que líquidos a partir de 130º podem causar queimaduras de terceiro grau, portanto, não faria diferença se o café fosse servido a essa temperatura ou entre 180º e 190º, como era o caso. O especialista em termodinâmica de Liebeck, no entanto, argumentou que dependendo do grau em que esteja o café, levar-se-ia mais tempo para que proporcionasse uma queimadura em contato com a pele.

²² CAIN, Kevin G.. The McDonald's Coffee Lawsuit. **The McDonald's Coffee Lawsuit**. Houston, p. 14-19. 2007.

Depois de 7 dias de julgamento onde foram apresentadas evidências e ouvidas testemunhas, o júri determinou o valor de \$ 200.000 (duzentos mil dólares) de *compesatory damages*, reduzida para \$ 160.000 (cento e sessenta mil dólares) em virtude de Liebeck ser portadora de 20% da culpa e \$ 2.700.000 (dois milhões e setecentos mil dólares) de *punitive damages*, esse montante levou em consideração a arrecadação que o McDonald's fazia de café por dia que era \$1.340.000 (um milhão e trezentos e quarenta dólares).

A empresa apelou da decisão pedindo a retirada do *punitive damages*. Apesar de não ter sido tirado, o valor foi reduzido a \$480.000 (quatrocentos e oitenta mil dólares). O juiz presidente do julgamento pediu que as partes entrassem em acordo, o que ocorreu, muito embora não foi revelado em quanto ficou esse novo pacto.

Até hoje esse caso tem grande repercussão, é alvo, inclusive de piada por parte dos norte-americanos, dizendo ser um dos casos mais frívolos a respeito de Responsabilidade Civil. O Jornal The New York Times em 2013²³ fez uma reportagem a respeito retomando os fatos desse julgamento. E, embora não tenha chegado suprema corte, é tido como referência em todo o país.

Ao longo dos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi estabelecendo alguns limites ao *punitive damages* que até hoje são tidos como referência entre os estados federados e são utilizados nas suas cortes.

Dentre os casos, temos um dos mais notáveis é o BMW versus Gore²⁴. Nessa situação, tivemos que o Sr. Gore comprou um carro da empresa de uma autorizada localizada no Alabama. Depois de um tempo, levou seu carro para serviços mecânicos onde foi informado que seu carro havia sido repintado.

Aconteceu que, durante o transporte da Alemanha para os Estados Unidos, o carro havia sido danificado. De acordo com a política da BMW, se o reparo custasse menos de 3% do valor do carro, ele seria vendido como novo, se fosse maior, seria retirado do inventário da loja e vendido mais tarde por leilão. O consumidor só soube desse detalhe após questionar a empresa.

²³ BERTRAM, Bonnie. **Storm Still Brews Over Scalding Coffee.** 2013. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2013/10/28/booming/storm-still-brews-over-scalding-coffee.html>. Acesso em: 19 fev. 2.

²⁴

Krauss, Michael I., **Punitive Damages and the Supreme Court: A Tragedy in Five Acts.** Cato Supreme Court Review, pp. 315-334, 2006-2007; George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-34. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1020142>. Acesso em: 17 fev. 2020.

Sabendo disso, Gore processou a empresa em *compensatory e punitive damages*. Em primeira instância, ao primeiro dano foi atribuído o valor de \$ 4.000 (quatro mil dólares) e ao outro o valor de \$4.000.000 (quatro milhões) em virtude da BMW ter repintado mil carros ao longo dos anos.

Ao chegar à Suprema Corte, porém, o valor de *punitive damages* foi reduzido para \$2.000.000 (2 milhões de dólares), estabelecendo que a indenização anterior havia sido excessiva e que os exemplary damages deveriam obedecer “(1) o grau de censurabilidade do réu, (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados, e (3) sanções civis e criminais comparáveis.” (Tradução livre) (BURROW, 2007, p. 3)²⁵

Diante dos casos supracitados, podemos perceber que uma das grandes diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e o norte-americano está no valor da indenização estabelecido. Essa é, inclusive, uma das maiores críticas do *punitive damages*: o valor da indenização. Tem-se que elas excedem em muito o valor do dano causado.

Nota-se que esses valores extremamente altos não causam impacto nas empresas a ponto de fazer com que tenham dificuldades econômicas, mas de ensiná-las a não agir apaticamente diante do direito alheio.

De toda forma, a grande pergunta que se faz é se tal instituto é possível no ordenamento jurídico brasileiro, não pelos seus critérios, mas pelas dificuldades já enfrentadas por ele como a morosidade dos processos e a tendência a judicialização já costumeira de sua população.

Entre vantagens e desvantagens, passearemos um pouco sobre o sistema jurídico brasileiro e a possibilidade de implantação de instrumento como os *punitive damages* em seu ordenamento de maneira a viabilizar a garantia dos direitos dos cidadãos.

²⁵ “The Court also established three guideposts by which to determine if a punitive damages award is ‘grossly excessive’ and therefore violates due process: (1) ‘the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct’, (2) a reasonable ratio of punitive to compensatory damages, and (3) comparable civil and criminal sanctions” (BURROW, 2007, p. 3)

4. AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Assevera Machado de Assis em seu texto Esaú e Jacó “O salto é grande, mas o tempo é um tecido invisível em que se pode bordar tudo...” (1994, p.27). Essa frase encaixa-se em perfeição com a realidade hodierna da responsabilidade civil, em que encontramos desafios que outrora não eram vistos nas cortes brasileiras.

Para que possamos, então, nos adaptar a essas novas realidades, os institutos que regem o direito precisam passar por reformas ou, então, criar novas formas que respondam com êxito àquela situação. Ou mesmo importar medidas, desde que cabíveis, aprendendo com os seus erros e procurando sempre a medida justa do direito.

Apesar de demonstrado alhures, importante se faz mencionar que, ao se falar em reformas, não significa olvidar as origens e construções da responsabilidade civil, criando um instituto inteiramente novo. Não. Falamos aqui em adaptações, em criação de novos mecanismos, levando em consideração tudo o que a doutrina já solidificou em relação a esse tema.

Vale salientar que a tentativa (ou melhor, a necessidade) de revisão dos parâmetros não visa excluir a estrutura tradicional, que é fruto de uma gradativa construção, mas sim amoldar o instituto às necessidades hodiernas, alargando as possibilidades de responsabilização, em função das premências da sociedade atual. Nesse sentido, aponta-se a coexistência do Direito de Danos com os outros ramos já existentes para tutelar os riscos, de forma que aquele não se apresenta como instrumento protetor absoluto, com o dever de resolver todos os problemas, mas sim como mais uma forma de proteção do indivíduo.

(VIEIRA; ERHRARDT JÚNIOR, 2019, p.8)

Paulatinamente, a doutrina e as cortes brasileiras têm abraçado essas mudanças. Conquanto, no Brasil ocorre de, muitas vezes, até por causa do trâmite legislativo, uma norma acaba por nascer deveras ultrapassada, nos deixando a míngua de permanecer desassistidos ou de determinada norma não cumprir com eficiência o seu papel.

Apesar dessa conduta acontecer reiteradamente, pode ser que não haja a quem “atribuir a culpa”, a não ser pela efemeridade do tempo que constantemente transmuta as coisas antes mesmo que tenhamos a chance de adaptação e nos encontramos, então, ultrapassados sem conseguirmos nos atualizar. A essa sociedade moderna repleta de ameaças aos nossos direitos, Ulrich Beck dá o nome de sociedade de riscos.

4.1. AS METAMOFOSES SOCIAIS, A RESPONSABILIDADE CIVIL E A SOCIEDADE DE RISCOS

“O risco é uma característica definidora de nossa era.” (ROSENVALD, 2017, p. 22). E viver, de fato, é arriscado. Constantemente nos vemos ameaçados em nossa saúde, nossa segurança e em nosso psicológico. As novas tecnologias contribuem para que isso se agrave ainda mais.

O sociólogo Ulrich Beck afirma que a busca por riquezas produz, invariavelmente, riscos. A distribuição dessa riqueza em uma sociedade escassa, por si só, já era motivo para causar problemas. Aliado a isso, as novas tecnologias acabam por aumentar esse perigo já que o processo de modernização cria riscos que são desconhecidos.

Questões sobre o desenvolvimento e emprego de tecnologias (em os reinos da natureza, sociedade e personalidade) estão sendo ofuscados por questões da "gestão" política e econômica dos riscos de tecnologias efetivamente ou potencialmente utilizadas - descobrindo, administrando, reconhecendo, evitando ou ocultando esses riscos em relação a horizontes de relevância especialmente definidos. (Tradução livre)

(BECK, 1992, p. 21)²⁶

Ao longo de sua obra, o sociólogo se mostra um tanto cético com a sociedade atual tendo em vista que, no passado, os problemas eram mais palpáveis, embora não fossem resolvidos com facilidade em virtude da dinâmica da sociedade em que, mais claramente, a desigualdade ainda imperava. Nelson Rosenvald fala um pouco sobre como a responsabilidade civil funcionava nessa época:

No palco de desigualdades sociais, a responsabilidade civil era incapaz de propiciar soluções efetivas em termos de cidadania, pois a exigência de demonstração da prova diabólica da culpa tornava-se um perverso filtro capaz de conter o êxito de demandas indenizatórias. O risco se converte em mero acidente, fatalidade e golpe do azar. Assim, não se transferem as consequências dos riscos do patrimônio dos ofensores para os ofendidos, *res perito domino...*

(ROSENVALD, 2017, p. 25)

Hodiernamente, no entanto, por mais que os riscos sejam maiores, a sociedade se estabeleceu como mais democrática e igualitária, apesar de ainda existirem duras realidades

²⁶ “Questions of the development and employment of technologies (in the realms of nature, society and the personality) are being eclipsed by questions of the political and economic 'management' of the risks of actually or potentially utilized technologies - discovering, administering, acknowledging, avoiding or concealing such hazards with respect to specially defined horizons of relevance.” (BECK, 1992, p. 21).

de desigualdade, principalmente em um país como o Brasil. Torna-se, então, possível responder a esses riscos oferecidos pelo desenvolvimento tecnológico encontrado no mundo moderno.

O desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma teoria da responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas e sociais. Definitivamente, o direito civil clássico – tributo ao código napoleônico – não pode servir de modelo para aquilo que se pretenda da responsabilidade civil nos próximos tempos. Em uma sociedade plural e democrática, premida por questionamentos éticos que vão da biotecnologia à natureza, culminando na própria preservação da espécie humana, seria risível recorrer ao oráculo do legislador e ao direito privado dos contratos interindividuais e da propriedade privada...

Se a sociedade de riscos se torna reflexiva e se assume como um problema para si própria, deverá o ordenamento jurídico necessariamente dialogar com os personagens que nela habitam e sobrevivem.

(ROSENVALD, 2017, p.26 e 27)

É papel do direito responder a essas novas realidades da melhor maneira possível, coisa que até já começou a ser feita como podemos perceber através de uma maior proteção a dignidade da pessoa humana, a alteração na responsabilidade civil em permitir que a culpa não seja questionada em determinadas situações, em especial nos casos que envolvem direito do consumidor e, também, o papel assumido pelas tutelas de urgência e evidência do Direito Processual Civil.

Muito embora, essas transformações tenham sido de grande crescimento para o ordenamento jurídico brasileiro, não foram nem de longe suficientes para perpetuar a segurança jurídica de seus cidadãos. Os danos aos seus direitos permanecem a acontecer, às vezes, afetando, inclusive, uma coletividade como outrora não se encontrava na sociedade.

Entretanto, a realidade social em contínua evolução e transformação criou uma nova ordem mundial, novos valores, necessidades e desafios que precisam ser enfrentados. Experimentou-se um processo de publicização, inaugurado por uma nova ordem constitucional, reflexo das necessidades sociais que a legislação liberal não foi forjada para atender. A concepção de um código civil como sistema, base de sustentação do ordenamento destinado à tutela dos interesses individuais, esvaiu-se na medida de sua inadequação. Não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social. A sociedade vive um período pós-industrial, caracterizado pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para a compreensão jurídica(...)

(VIEIRA; EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p.6)

Podemos dizer, ainda, como veremos posteriormente, que algumas relações jurídicas permanecem sem equilíbrio, ou seja, uma parte vulnerável e a outra que detém todo o poder econômico intimidando a vítima, impedindo que o resultado daquela ação termine de forma

justa. Além disso, há uma permanência do sentimento de impunidade, em que uma decisão não é bem aceita e é provável que seja apelada, acontece muito quando se trata de uma ação em que se pede dano moral cujos valores, em sua maioria, não condizem com a extensão do prejuízo que foi causado.

Ademais, encontramos, também, situações em que a vítima de um dano pensa que este é insignificante e que, em virtude da morosidade do juízo e ao estudar, por meio de decisões que envolvam casos similares, o valor da indenização que receberia ao judicializar tal situação não compensaria o “tempo perdido” com audiências e reuniões com advogados, escolhendo, dessa maneira, não lidar com o seu direito ferido. E isso acaba por estimular aquele ofensor a praticar outros danos.

A apatia racional significa que muitas vítimas deixam de ingressar com demandas porque ao comparar os custos com o resultado esperado do julgamento, consideram que não vale a pena contratar advogado, pagar as custas processuais, se deslocar para audiências ou sofrer os riscos de sucumbência.

(BONNA, 2015, p.111)

Diante dessa realidade, é imperativo a busca por uma alternativa no ordenamento brasileiro para que o ordenamento jurídico não permaneça ultrapassado. É cristalino, porém, que, ao adaptar o ordenamento jurídico, há certo temor por parte dos magistrados em estimularem a chamada “indústria do dano moral” e acabe assoberbando ainda mais o judiciário.

O *punitive damages* associado a algumas leis que já temos parece uma boa resposta aos novos danos tendo em vista que a sua natureza não apenas repara o dano, mas também tem outras funções associadas que ajudam a prevenir os danos. Antes, porém, vejamos os danos que tem exigido do ordenamento brasileiro uma reconfiguração da responsabilidade civil.

4.2. O DANO MORAL

A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como a Constituição “cidadã” não por acaso, mas por sua incólume característica de proteção aos direitos e garantias fundamentais ao ser humano, especialmente no que diz respeito a sua dignidade, como resta evidente no caput do seu Art 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”.

Apesar disso, o Código Civil Brasileiro permanecia com a sua ótica patrimonialista, dando maior atenção às posses do que as pessoas possuidoras. Apenas com o advento do Código Civil de 2002 essa situação mudou de figura e o Código Civil se “constitucionalizou”, passando a salvaguardar os direitos dos cidadãos.

A consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988 atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil. Antes restrito ao tratamento das coisas, marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o direito civil brasileiro abriu, enfim, os seus olhos para as pessoas. No clima efervescente gerado pela redemocratização e pela promulgação do novo texto constitucional, avanços civilistas vieram defender a necessidade de releitura do direito civil à luz dos novos valores existenciais, acolhidos pela Constituição.

(SCHREIBER, 2014, p.10)

Nesse diapasão, os direitos da personalidade outrora rejeitados por uma visão essencialmente liberal, inclusive ausentes no Código Civil de 1916, ganharam nova ênfase no direito, prezando-se por sua proteção e prevendo instrumentos que possibilassem essa segurança sem que os banalizasse ou os utilizasse inconscientemente.

Por muito tempo, contudo, as críticas aos direitos da personalidade minaram seu desenvolvimento... O Código Civil brasileiro de 1916 também não trouxe qualquer menção ao assunto. A omissão gerou efeitos desastrosos.

(...)

As velhas divergências em torno da categoria dogmática perderam muito da sua importância quando os direitos da personalidade passaram a ser reexaminados com um olhar destinado a extraír suas diferentes potencialidades práticas... Não foi por outra razão que, no Brasil, após quase um século de esquecimento, os direitos da personalidade ressurgiram a partir da Constituição de 1988 e acabaram expressamente incorporados ao novo Código Civil, aprovado em janeiro de 2002.

(SCHREIBER, 2014, p. 6 e 10)

É nessa lógica, então, que no próprio Art. 5º da Constituição Federal há duas menções sobre a consequência ao violar tais direitos fundamentais como poderemos testemunhar nos incisos V e X, respectivamente:

“Art. 5º- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

(BRASIL, 1988)

Portanto, somos conduzidos a pensar que a resposta à lesão aos direitos da personalidade é a aplicação dos danos morais. Urge pontuar que a sua aplicação não se

restringe apenas a essa situação. Seu conceito, na verdade, é motivo de desacordos na doutrina brasileira, como demonstrado alhures.

A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse do lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. (SCHREIBER, 2014, p.17)

Malgrada a preocupação com desenvolvimento de uma “indústria do dano moral”, que será explanado no tópico posterior, propalada por toda corte brasileira, é preciso que o direito se encarregue dele para que não haja uma incidência constante e pela mesma pessoa incidindo nos mesmo erros. É por isso que, por vezes, a simples função compensatória da responsabilidade civil não é suficiente para proteger os direitos dos cidadãos, sendo imprescindível a sua função punitiva, precaucional e pedagógica. Vejamos um exemplo, então.

O humorista Danilo Gentili é alvo de diversas críticas pela população em virtude de usar o seu direito a liberdade de expressão sem considerar o direito alheio. É por esse motivo que, repetidamente, encontram-se decisões pelos tribunais brasileiros em que ele é parte e, principalmente, condenado por alguma dessas manifestações.

Recentemente, tivemos mais um episódio do que ele chama “liberdade de expressão” onde, no *twitter*, ele compartilhou uma imagem da atriz Bruna Marquezine com a seguinte frase “Parece que ela trocou um craque por outro”. Recebendo retaliações de diversos internautas.²⁷

O humorista é reincidente nesse tipo de comportamento apesar de já ter sido diversas vezes alvo de condenações no judiciário. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de inibir as manifestações dele, permanecendo, então, infringindo os direitos dos cidadãos brasileiros. Como podemos observar dos exemplos abaixo:

APELAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSAS VEICULADAS EM REDE SOCIAL. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. OFENSOR E OFENDIDO QUE SÃO PESSOAS PÚBLICAS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MAJORAÇÃO DA

²⁷ **Danilo Gentili faz comentário sobre Marquezine e revolta internautas: 'Pesado e inoportuno'.** 2020. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2020/02/danilo-gentili-faz-comentario-sobre-marquezine-e-revolta-internautas-pesado-e-inoportuno.shtml>. Acesso em: 25 fev. 2020.

VERBA. DIREITO DE RESPOSTA NÃO CONCEDIDO. 1. Considerando que a prestação jurisdicional almejada na demanda é a reparação de ato ilícito praticado pelo réu, é competente o juízo do local do fato ou do endereço do autor. Trata-se de exceção à regra geral prevista no CPC e já consolidada na jurisprudência quando se trata de ofensa veiculada pela internet. Isto porque, apesar de a publicação ter circulação nacional, a localidade em que reside e trabalha o ofendido é onde o evento negativo terá maior repercussão para si e sua família. Embora o autor seja também pessoa pública, atualmente parlamentar federal, inegável que seu domicílio e principal local de atuação política é no Estado do Rio de Janeiro, localidade da circunscrição eleitoral nos pleitos em que se candidata. 2. A controvérsia recursal reside na verificação da lícitude ou não da conduta do réu, bem como na ocorrência de danos à esfera da personalidade do autor em decorrência das manifestações apresentadas na página do Twitter. Nesta demanda, revelam aparente conflito os valores decorrentes da personalidade, cuja dignidade humana é fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CRFB), e da livre manifestação do pensamento, direito fundamental e corolário dos Estados Democráticos (art. 5º, inciso IV, da CRFB). Cumpre frisar que não existe solução apriorística para tais situações, sendo matéria bastante delicada e de difícil delimitação, sendo necessário do magistrado um juízo de ponderação entre os valores apresentados pelas partes, a qual será norteada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de se verificar o limite do razoável na conduta do réu. 3. O réu sustentou que não agiu de forma ilícita, haja vista ter se utilizado de seu direito fundamental à liberdade, em especial a Apelação Cível nº 0130354-18.2017.8.19.0001 - Acórdão - Pág. 2 de expressão, que lhe permite manifestar seu pensamento no meio social, sobretudo, diante de questões políticas e em relação a pessoas públicas. De fato, a liberdade de expressão, além de direito fundamental da pessoa, é também requisito essencial para funcionamento da Democracia, uma vez que a liberdade de informação é a base de uma República saudável. Entretanto, como se sabe, os direitos em geral não são absolutos e encontram limites em outros valores constitucionais, de modo que a livre manifestação da pessoa não deve ser exercida em violação aos direitos das demais, sejam elas pessoas públicas ou não. 4. Algumas manifestações promovidas na página do twitter do réu não revelaram qualquer ofensa ao autor, tendo a sua livre manifestação se dado dentro dos limites do tolerável, considerando, sobretudo o fato de o autor ser pessoa pública, parlamentar, que está sujeito ao escrutínio popular sobre a sua conduta pública nos meios sociais e de imprensa. As hipéboles e eventuais palavras duras presentes naquelas manifestações não revelam violação à direito da personalidade do autor, tendo em vista que é inerente ao humor a utilização de piadas irônicas e ácidas em comentários críticos, em especial a políticos detentores de mandato eletivo. 5. Entretanto, a conduta do réu não se resumiu a tais manifestações, revelando uma verdadeira progressão de ofensas ao autor, o que extrapolou os limites do tolerável e admissível em nosso Estado Democrático de Direito. Se a conduta do réu se revelou lícita em algumas das manifestações, eis que amparada em seu direito constitucional, com a progressão e aumento das postagens, utilizando palavras de baixo calão direcionadas ao autor, a sua conduta revelou-se abusiva e violadora do direito constitucional da personalidade. 6. Não é porque o autor é parlamentar, pessoa pública, que se pode negar proteção à sua dignidade. Por certo que as manifestações públicas a ele relacionadas devem ser analisadas com maior cautela em virtude dos princípios republicanos, mas não há razão jurídica para se negar proteção ao seu direito fundamental quando violado em verdadeiro abuso do réu. Ao promover manifestação pública em rede social induzindo seus seguidores a considerar o autor como assassino e farsante, além de lhe imputar o pejorativo de “merda”, o réu extrapolou a crítica política, utilizando-se de artifícios ilegais e ilegítimos com o único intuito de prejudicar a reputação do autor, além de incitar ódio entre seus seguidores. Deste modo, a sentença proferida revela-se adequada ao determinar a reparação dos danos morais sofridos pelo autor, eis que presentes todos os elementos da responsabilidade civil, na forma dos artigos 186 e 187 do Código Civil. 7. O valor da reparação originalmente fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se mostra adequado e suficiente para reparar o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor, considerando a falta do lesante e a gravidade da lesão, merecendo majoração,

para fixar a compensação em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Isto porque as ofensas ocorreram em rede social de pessoa pública, com notória capacidade de influenciar seus seguidores, revelando maior extensão do dano, além de considerar que o réu é contumaz violador de direitos da personalidade. 8. Quanto a pretensão recursal do autor de condenar o réu a divulgar em sua timeline do Facebook e em outros meios de informação o conteúdo desta decisão, tenho que não merece prosperar o pleito. O réu não promoveu a divulgação de Apelação Cível nº 0130354-18.2017.8.19.0001 - Acórdão - Pág. 3 fatos inequivocamente falsos. Foram utilizadas informações constantes nos meios de impressa para realização das manifestações humorísticas, razão pela qual não cabe a este órgão jurisdicional promover manifestação isentando ou não o autor dos eventos narrados em outros meios de informação. A reparação dos danos morais sofridos deve ser realizada em virtude do excesso na manifestação do réu, direcionando ao autor palavras de baixo calão e violando a sua dignidade ao manifestar-se pejorativamente em meio público. Não há como se conferir direito de resposta a expressão “vc é uma farsa mesmo hein seu merda”, já que a manifestação revela opinião pessoal do réu, incapaz de ser modificada por esta via coercitiva. Entretanto, a inegável violação ao direito da personalidade do autor deve ser reparada pela via da compensação dos danos morais. Provimento parcial do recurso do autor. Recurso do réu ao qual se nega provimento.

(TJ-RJ - APL: 01303541820178190001, Relator: Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 22/05/2019, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVER DE JULGAMENTO NA ORDEM CRONOLÓGICA DE CONCLUSÃO. ART. 12 DO CPC/2015. PRELIMINAR DE NULIDADE NÃO RECONHECIDA. A regra imposta pelo art. 12 do CPC/2015 visa impedir uma demora maior para o julgamento de um processo em relação a outro, considerando a ordem de conclusão, com exceção dos casos previstos no §2º do mesmo dispositivo legal. Entretanto, eventual julgamento fora desta ordem cronológica não pode gerar a nulidade do julgamento quando ausente prejuízo às partes, como é o caso dos autos. Eventual decisão proferida em agravo de instrumento pela instância superior não vincula a decisão do juízo de origem.

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE VÍDEO EM REDE SOCIAL. MANIFESTAÇÃO DESRESPEITOSA QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE TOLERÂNCIA. EXCESSO NO DIREITO DE EXPRESSÃO E À LIVRE MANIFESTAÇÃO.

DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Ainda que se prestigie e proteja o direito de expressão e à livre manifestação, há um limite que, se ultrapassado, configura excesso e pode causar danos e prejuízos. Caso concreto em que o réu publicou um vídeo em rede social, onde, ao demonstrar o desprezo que sente em relação à autora, deputada federal, utilizou-se de palavras de baixo calão e de gestos absolutamente impróprios e que ultrapassam o limite do tolerável. Verifica-se a ocorrência de excesso por parte do réu, sendo que condutas como esta não devem ser toleradas, na medida em que não se trata de simples crítica humorística. Assim, cabível a retirada definitiva das publicações da internet e a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Quantum indenizatório que deve ser majorado, levando-se em consideração a grande repercussão do caso, em que ambas as partes são pessoas públicas, o que contribuiu, evidentemente, para que o vídeo fosse amplamente visualizado.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDIMENSIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 326 DO STJ.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DO PROCURADOR DA AUTORA MAJORADOS. Conforme estabelece a Súmula 326 do STJ, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Portanto, as custas judiciais são de responsabilidade exclusiva do réu. Majoração dos honorários fixados a título de sucumbência, levando-se em consideração o disposto no artigo 85, § 2º c/c o § 11 do NCPC.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO E RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.

(TJ-RS- APL: Nº 0150154- 93.2018.8.21.7000. Relator: Des. EDUARDO KRAEMER, Data do Julgamento: 12/07/2018, NONA CÂMARA CÍVEL)

Das decisões postas, percebemos que no intervalo de menos de um ano o humorista foi condenado por ações similares. No ano corrente, ainda não foi noticiado que a vítima tomou alguma providência jurídica a respeito do caso relatado, no entanto, a prática foi semelhante.

Deduzimos, então, que nenhuma das decisões serviram para inibir o comportamento do autor. Ao contrário. Ele permanece com as mesmas atitudes, o que nos faz questionar se a simples compensação do dano é suficiente para garantir a segurança jurídica brasileira.

4.3. A INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Rui Barbosa, um dos juristas mais conhecidos do Brasil, em seu livro “Oração aos Moços” profere que muitas vezes a pessoa que ofende, na verdade, acaba por beneficiar a pessoa que ofendeu: “Desta maneira, não equivocaremos a aparência com a realidade se, nos dissabores que malquerentes e malfazentes nos propinam, discernimos a cota de lucros com que eles, não levando em tal o sentido, quase sempre nos favorece.” (BARBOSA, 1921, p.29).

É em virtude do benefício que se ganha pelo dano, que o autor afirma, então, que deveremos perdoar a ofensa “De sorte que, no perdoar aos inimigos, muitas vezes não vai somente a caridade cristã, senão também justiça ordinária e reconhecimento humano” (BARBOSA, 1921, p.30).

A realidade que Rui Barbosa vivia era outra. Não existiam meios de ofensas como hodiernamente. Não havia a rede mundial de computadores onde um só comentário pode atingir vários países instantaneamente. Além disso, não haviam redes sociais, meios que tem a capacidade de aproximar pessoas de línguas e culturas diferentes, tornam-se, também, grandes instrumentos para ofensas.

Por outro lado, temos o fato de que as pessoas estão, cada vez mais, questionando judicialmente situações que podem ser classificadas como “meros dissabores da vida”, para buscar vantagem se, eventualmente, for concedida uma indenização, assoberbando o judiciário e prejudicando quem, realmente, precisa ter os seus direitos resguardados pela corte brasileira.

Isso se dá, principalmente, em virtude das transformações sofridas pela responsabilidade civil. O judiciário tem buscado combater esse mal para evitar que o direito de pessoas que realmente possam ter seus direitos garantidos. Há, inclusive, um precedente

definido pelo STJ decorrente de um caso em que o pai exigiu indenização em virtude da entrega de um produto que comprou para seu filho na internet para ser dado no natal, porém, o produto não chegou a tempo de ser entregue na data desejada, analisemos:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. 1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis. 2.- A falha na entrega de mercadoria adquirida pela internet configura, em princípio, mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título. 3.- No caso dos autos, as instâncias de origem concluíram não haver indicação de que o inadimplemento da obrigação de entregar um "Tablet", adquirido mais de mês antes da data do Natal, como presente de Natal para filho, fatos não comprovados, como causador de grave sofrimento de ordem moral ao Recorrente ou a sua família. 4.- Cancela-se, entretanto, a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único). 5.- Recurso Especial a que se dá provimento em parte, tão somente para cancelar a multa.

(STJ - REsp: 1399931 MG 2013/0281903-4, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014)

Apesar dessas situações, não vale a pena deixar de buscar soluções para melhorar o sistema da responsabilidade civil brasileiro por medo do dano moral se tornar uma indústria. Se não, seria preterir o direito de alguns em detrimento de outros, e essas são questões que não há como ponderar. É por esse motivo que as cortes judiciais brasileiras tem buscado analisar outras perspectivas para que pudesse então, suprir esse problema.

Mais que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo indústria anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial. Embora a preocupação seja válida, sob o ponto de vista científico, o certo é que, no Brasil ao menos, sua importância não pode ser exacerbada, já que, na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos morais é antes frustrante que efetivamente enriquecedor. Há, por certo, casos pontuais de reconhecimento de danos, por assim dizer, imaginários, ou de atribuição de indenizações exageradamente elevadas, mas nem estas duas hipóteses se combinam com frequência, nem o percentual destes julgados.

(SCHREIBER, 2015, p.194)

O que se rejeita aqui não é a existência da “indústria do dano moral”. Ela, de fato, existe. O que questiona, porém, é a utilização do seu conceito para evitar a utilização de novos institutos na responsabilidade civil para que se combata os problemas citados alhures.

4.4. A NECESSIDADE DA PREVENÇÃO ASSOCIADA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Certa vez, o famoso físico, Albert Einstein afirmou que “Uma pessoa inteligente resolve um problema, um sábio o previne.”. Ante o exposto, fica cristalino o quanto essa frase é verdade de fato.

É levando em consideração os princípios garantidos pela Constituição, dentre eles o da máxima efetividade, definido por Pedro Lenza como “... o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social” (2015, p.182), é que se deve buscar a prevenção.

A fim de que se promova a proteção da pessoa de forma efetiva, fundamenta-se a ideia de que é dever do ordenamento jurídico, além de simplesmente reparar o possível dano, evitar a sua incidência. Nesse sentido, os princípios constitucionais passam a funcionar no cenário da responsabilidade civil contemporânea, dando escopo à prevenção, deslocando o ofensor e a culpabilidade do cerne da questão (conforme o modelo clássico), para a centralização da vítima, com o objetivo de obter a máxima proteção aos seus direitos e maior efetividade na indenização pelos danos suportados (*restitutio in integrum*).

(VIEIRA, EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p.11)

Dessa maneira, um dos objetivos em que deve se buscar nas decisões acerca da responsabilidade civil é o da prevenção, já que, tem-se presenciado a prevalência de reincidência em determinadas situações, como pode se atestar no exemplo do humorista Danilo Gentili.

Assegura a tutela da personalidade e de bens difusos em um cenário em que a responsabilidade civil se mostra insuficiente para gerar efetividade. Afinal, a função reparatória dos danos é axiologicamente neutra, desconsidera o desvalor da conduta. Com isto, a condenação civil se converte em **impunidade** do ofensor e, paradoxalmente, estímulo para a reiteração de condutas pluriofensivas. Na legislação atual, a responsabilidade civil é um medicamento que ataca os sintomas sem combater a doença, que retorna cada vez mais forte.

(ROSENVALD, 2017, p.113)

Muito mais do que uma função, a prevenção poderia ser olhada enquanto princípio, um preceito que salvaguardasse os direitos que ainda nem foram feridos. Não é necessário que se passe a ignorar os demais objetivos da responsabilidade civil, porém, em um ordenamento jurídico como o Brasil, onde os índices de reincidência de uma conduta, até mesmo no direito civil, são altos, a precaução deveria ser considerada enquanto um dos seus maiores, senão o maior, objetivo.

O modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante, extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais. A sua trajetória não é linear, um caminho sem volta. A doutrina e a jurisprudência admitem revisitação de pontos de vista contingencialmente superados quando os dados do mercado, dos avanços tecnológicos e, sobretudo, das aspirações éticas de uma coletividade determinem uma reelaboração de certa função da responsabilidade civil, porventura letárgico. Na sociedade de riscos, um altivo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas a evitar condutas danosas. Uma ode à virtude de “previdência” (olhar antes).

(ROSENVALD, 2017, p. 97 e 98)

Portanto, com a consideração da prevenção como um dos cernes da responsabilidade civil, segundo Shreiber, é considerar que a lesão merece tanta proteção quanto a lesão que ainda não aconteceu. Empenha-se por evitar que um direito seja prejudicado o máximo possível.

De qualquer modo, o certo é que precaução, prevenção e todas as técnicas de administração de risco partem do princípio de que a potencial lesão a um interesse tutelado deve ser objeto de controle, tanto quanto a lesão em si. A rigor, a preocupação com os riscos de lesão já, há muito, ocupa o pensamento do direito civil-constitucional, para o qual a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometidos em promover a sua máxima realização.

(SHREIBER, 2015, p. 229)

O mesmo autor sugere os meios pelos quais a prevenção se torna possível “A eliminação prévia dos riscos de dano encontra seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamento prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares.” (SHREIBER, 2015, p. 29). Ademais, podemos, também, considerar os *punitive damages* para cuidarem tanto da prevenção como da punição, passemos a vê-lo, então.

4.5. OS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL

Conforme exposto no capítulo anterior, os *punitive damages* é muito comum nos Estados Unidos da América. Eles são utilizados, especialmente, para punir e desestimular uma conduta especialmente negligente ou maliciosa.

Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. (ROSENVALD, 2017, p.193)

Alguns tribunais têm aderido a aplicação das funções punitiva, pedagógica e precaucional da responsabilidade civil, além da função reparatória/compensatória. No que diz respeito aos *punitive damages*, mesmo a doutrina apresenta certa resistência.

Observa-se, porém, que há a prática reiterada de condutas que lesam constantemente o cidadão brasileiro e, em virtude, dentre outros fatores, da sua “insignificância”, da morosidade da justiça eles não procuram a justiça para remediar essas situações e os remédios apresentados pela responsabilidade civil não têm sido capazes de evitar essa prática.

Como exemplo de pequenos danos que geram a apatia das vítimas: a) longas esperas em filas de bancos; b) falha na prestação de serviço de internet; c) desconto de valores em conta corrente sem que serviço tenha sido contratado; d) atrasos em voos; e) vícios de produtos de pequeno; f) não prestação do serviço na forma contratada; g) exigência de valor mínimo para compras no cartão de crédito; h) atrasos em entregas de empreendimentos imobiliários; i) má qualidade na prestação de serviços por concessionárias; j) práticas de cláusulas abusivas em geral.
(BONNA, 2017, p. 103)

Salienta-se que nos exemplos supracitados estão relacionadas a práticas em que são feitas de maneira intencional pelo ofensor. Não se fala, então, nas situações de fortuito ou força maior que já são previstas pelo código civil, senão, vejamos:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

(BRASIL, 2002)

Para além disso, temos as práticas repetidas de danos morais da mesma natureza ou de natureza similar como exemplificado alhures com as decisões a respeito da conduta do humorista Danilo Gentili. Antes, porém, de estudarmos as vantagens que proporcionaria a aplicação dos *punitive damages*, vejamos, então, as suas críticas.

4.5.1. As críticas aos *punitive damages*

À priori, em virtude da não aplicação do *punitive damages* no ordenamento jurídico é necessário pontuar que as críticas são advindas do sistema estadunidense bem como brasileiras em relação ao próprio sistema jurídico, estudando a sua adaptação, vejamos: o exorbitante valor das indenizações e a impossibilidade do enriquecimento sem causa, a falta

de critérios objetivos para sua aplicação, o despreparo dos jurados, a ausência da pena do direito civil e a litigância de má fé. Analisemos.

4.5.1.1. O valor exorbitante das indenizações e a impossibilidade do enriquecimento sem causa

Dentre as críticas que se fazem aos *exemplary damages*, o valor da indenização é umas das que mais ajunta adeptos. Conforme se pôde concluir dos dois casos trazidos no capítulo anterior, o montante estabelecido como *punitive* e *compensatory damages* foi alto. Por isso, os críticos afirmam que este é *overcompensatory* (super compensatório).

Compensação, por definição, deve ser total para ser integral. Isso significa que compensação não é uma função da extensão da transgressão. O transgressor que, negligentemente, queima uma casa de \$50.000 é responsável por pagar, em ato danoso, \$50.000 para compensar a perda da casa. [...] Isso não é porque a responsabilidade civil favorece o rico, mas porque respeita igualmente pobre e rico. Toda vítima de um ato danoso tem o direito de ser retornada ao seu estado anterior – até aqui e não mais distante – quando ela é injustamente prejudicada.

[...] Como foi visto, o *punitive damages* não cabe nesse esquema de responsabilidade civil porque, por definição, é super compensatório. (Tradução livre)

(KRAUSS, 2006, p. 317 e 318)²⁸

O que o autor supracitado não considerou é que os *punitive damages* são para transcender a compensação. É por isso que antes serem julgados, define-se se houve o dano e, portanto, se enseja os *compensatory damages*, só depois é que eles são determinados. Por isso, ante os objetivos desse remédio (punição, educação, dissuasão, retribuição e cumprimento da lei), é que se fundamenta a sua natureza super compensatória.

Com relação ao Brasil, a resistência em relação ao valor da indenização é o princípio da vedação do enriquecimento sem causa tão encontrado nas decisões judiciais. Como podemos observar na decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE LENTES COM DIVERGÊNCIA DE GRAU. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR INDENIZATÓRIO. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. O cerne da

²⁸ “ Compensation, by definition, must be full to be integral. This means that compensation is not a function of the wrongdoing. A tortfeasor who negligently burns down a \$50.000 house is liable in tort to pay [...] This not because tort favors the rich, but because tort *equally respects* poor and rich. Each tort victim has the right to be returned to her former state – that far and no farther – when she is wrongfully harmed. [...] As has likely already been seen, punitive damages do not fit into this schemes of tort law because, by definition, punitive damages are overcompensatory.” (KRAUSS, 2006, p. 317 e 318)

questão se fixa na existência ou não de danos morais à parte autora. O STJ tem entendido pela aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor que consiste no reconhecimento de que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores e prestadores de serviço constitui dano indenizável, afastando a antiga tese do mero aborrecimento contratual. Em relação ao quantum indenizatório, **destaca-se que a fixação do valor deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade sem provocar enriquecimento sem causa para a vítima. Dessa forma, considerando a extensão do dano e sua natureza, fixa-se o valor indenizatório de R\$3.000,00 (três mil reais).** Recurso provido. (Grifou-se)

(TJ-RJ - APL: 00411145320178190054, Relator: Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 09/10/2019, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

Por vezes, esse argumento pode ser válido, mas há alternativas ele, como por exemplo, determinar que parte do valor dos *punitive damages* sejam direcionados ao Estado para ser destinado a verba para educação, saúde ou segurança. Esse meio supriria o princípio de enriquecimento sem causa tendo em vista que a vítima não receberia o montante integral determinado na decisão.

[...] o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é praticado porque o valor a mais da indenização, a ser pago ‘punitivamente’, não poderá ter destinatário a vítima, mas coerentemente com o nosso sistema, deverá servir a beneficiar um maior número de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados.

(BODIN, 2004, p.77)

Ao considerar essa aplicação, o destino da verba do *exemplary damages* seria muito mais útil, inclusive, fundamentando os seus objetivos, já que busca a proteção dos direitos da sociedade.

4.5.1.2. A falta de critérios objetivos para a aplicação dos *punitive damages*

Outra crítica que se faz ao sistema de *punitive damages* é que não há critérios bem definido para que a sua aplicação ocorra de maneira justa e sem beneficiar demasiadamente o ofendido e ferir os direitos do ofensor, como afirma Krauss “E então, nós chegamos ao fim de uma estrada muito rochosa e instável. O Supremo não tem visão coerente do *punitive damages*. [...] Essa é uma bagunça, uma bagunça real e ainda há muito mais para vir.” (Tradução livre) (2006, p. 334)²⁹.

²⁹ “And so we come to the end of a very rocky and unsettled road. [...] This is a mess, a royal mess, and we’re in for much more to come.” (KRAUSS, 2006, p. 334)

Porém, o Supremo tem definido critérios objetivos que ajudam a definir os princípios aplicáveis ao *punitive damages*, além de definir quando estes são excessivos e desproporcionais.

[...] A Corte Suprema passou a indicar princípios aplicáveis aos danos punitivos, em que sobrelevam: (a) a não contrariedade da figura a princípios constitucionais; (b) a depuração do excesso dos danos punitivos quando o seu montante se mostrar gravemente excessivo [...]

A Suprema Corte indicou três índices valorativos da excessividade e irrazoabilidade de condenações por danos punitivos: (a) o grau de reprovação da conduta do ofensor; (b) uma relação proporcional entre os danos compensatórios e os punitivos; (c) uma comparação das sanções civis aplicadas pelo Estado (com base em determinações legislativas) as condutas equivalentes.

(ROSENVALD, 2017, p. 196 e 197)

Levando-se em consideração que o sistema jurídicos é baseado em precedentes, no Brasil não haveria o problema da falta de definição de critérios objetivos tendo em vista seu sistema ser baseado na incidência maior da positivação da sua legislação.

4.5.1.3. A litigância de má-fé e a resistência a pena civil

Ambos os argumentos são clássicos do ordenamento brasileiro. Com relação ao primeiro, há uma luta constante nas cortes do Brasil para evita-lo. O outro, há uma habitual confusão entre a pena do direito penal e a pena no direito civil que criam uma resistência de aplicação de qualquer meio sancionatório no direito privado.

Poder-se-ia alegar que, ao implementar os *exemplary damages* no Brasil, haveria um estímulo a litigância de má-fé devido ao alto valor demando nesses tipos de ações. No entanto, já existe no ordenamento brasileiro, remédios que combatem esse comportamento como encontramos no Código de Processo Civil:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

(BRASIL, 2015)

De fato a litigância de má-fé é um remédio a ser considerado em virtude das novas perspectivas e danos trazidos para que não ocorra o abuso do direito ou o assoberbamento do judiciário em virtude de demandas frívolas, como afirma SCHEREIBER “[...] a repressão à litigância de má-fé revela imenso potencial no desincentivo à invocação descomprometida da

dignidade humana e na repressão a projetos resarcitórios desprovidos de efetiva lesão moral ou patrimonial.” (2015, p.210).

Quando se pensa em pena, vem a mente logo as privativas de liberdade utilizadas no direito penal, o que, salvo em caso de alimentos, não é possível no direito civil. Por isso, a resistência. No entanto, a pena no direito civil tem função punitiva e preventiva, buscando inibir condutas especialmente gravosas.

A pena civil congloba finalidades punitiva e preventiva primária, além de tutelar interesses que exorbitam o âmbito do particular do ofendido para alcançar escopos gerais [...]

A premissa indispesável à incidência da pena é a prática do ilícito, seja ele negocial (inadimplemento) ou extranegocial. A pena civil invariavelmente será uma sanção a um ato ilícito. Se o ilícito é o primeiro passo para deflagrar a sanção punitiva, isoladamente ele se revela insuficiente. Vale dizer, não é qualquer ilícito que desencadeia o mecanismo da pena. O seu suporte fático demanda mais do que isso.

(ROSENVALD, 2017, p.79)

Ressalte-se que a questão punitiva não diz respeito a casos que tenham incidência penal e civil, para não incidir no *bis in indem*, ou mesmo em toda e qualquer situação de responsabilidade civil. O que se defende é uma punição em condutas que ofendem uma ordem social ou que são reincidentes.

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante ao *punitive damages*, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de uma conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reitera.

(BODIN, 2004, p.77)

Tendo sido expostos os principais argumentos contra o *punitive damages* e os seus contra-argumentos, vamos aos seus benefícios.

4.5.2. A vantagem da aplicação dos *punitive damages*

Como alinhavados ao longo desse trabalho, os *exemplary damages* trazem consigo uma série de funções que complementam e aprofundam as funções originárias da responsabilidade civil.

Também explicitado, foram as condutas essencialmente danosas em que há o desequilíbrios das partes, uma é mais vulnerável, ou então, condutas reiteradas que

prejudicam uma massa ou mesmo condutas reiteradas de danos extrapatrimoniais que são muito comuns no ordenamento brasileiro.

[...] haverá casos em que a reparação integral de todos os danos não representará desestímulo algum para o ofensor, em razão da ciência de que é mais vantajoso economicamente subsistir com atos danosos do que preveni-los a partir de investimentos em segurança e qualidade, realidade que se intensifica em face de danos individuais de massa de pequena relevância se considerados coletivos.

(BONNA, 2015, p. 39)

A segurança jurídica é um princípio deveras infundido por todo ordenamento jurídico. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰, ele é oriundo do Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito” (BRASIL, 1988) e é delineado da seguinte maneira:

O princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo, da **estabilidade** das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da **proteção à confiança** ou **confiança legítima**, este último originário do direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro.

[...] O princípio da proteção da confiança leva em conta a boa-fé do cidadão que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.

(PIETRO, 2019)

No entanto, esse princípio não só é exigido do poder público, mas de terceiros como se pode concluir do trecho supracitado. Das situações explicitadas, não se vê a garantia da segurança jurídica, ao contrário, contata-se pessoas agindo de má-fé para obter vantagens.

Os punitive damages serviriam, então, para garantir a segurança jurídica e impedir reiteração de comportamentos danosos de modo que sua adaptação para o Brasil seria benéfica ao instituto da responsabilidade civil promovendo a sua eficiência nas cortes brasileiras.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **O STJ e o princípio da segurança jurídica.** 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-princípio-da-segurança-jurídica>. Acesso em: 25 fev. 2020.

5. CONCLUSÃO

“Não seja imortal, posto que é chama” disse Vinícius de Moraes, famoso poeta formado em direito, sobre o amor. Se na concepção dele, nem o amor dever ser imortal, que diria ele, então, sobre a Responsabilidade Civil? Certamente, ele não prezaria perpetuação de suas concepções clássicas, afinal, se até mesmo o amor é sujeito a transformações, a responsabilidade civil também não se classificaria enquanto imutável.

Para essas mutações, portanto, considerar-se-ia dar um papel mais ativo para as funções pedagógica, punitiva e precaucional. Não seria ignorar a função compensatória ou reparatória, mas guardar a devida proporção entre elas, sem preterir uma em detrimento de outra.

Ao delinear os *punitive damage*, seus preceitos e objetivos, constatou-se a importância desse remédio no ordenamento jurídico americano, apesar de todas as suas vantagens e desvantagens.

Por mais que nos Estados Unidos hajam diversas críticas ao sistema como o valor exorbitante da indenização, tal situação poderia ser remediada a partir da destinação pública desse fundo, evitando que as partes ofendidas obtivessem vantagem para enriquecer sem causa.

Ademais, há muitas condutas danosas no Brasil que são alvos de reiteração por parte dos seus ofensores, ameaçando a segurança jurídica do cidadão e, consequentemente, desafiando a ordem constitucional. Até mesmo condutas que ensejam dano moral, que tem relação com os direitos mais caros das pessoas, são repetidas, carecendo de proteção e prejudicando toda coletividade.

É por esse motivo que, ainda que haja ameaças da promoção da litigância de má fé e a da “indústria do dano moral”, os *punitive damages* seria uma boa alternativa para equilibrar o instituto da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Dívina Comédia*. Porto Alegre: LPM Editores, 2016. Tradução: Eugênio Vinci de Moraes.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, v. 9, p. 107-135, 2006.

ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1994.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: H B Ltda, 2016. Editor: Ednaldo Varela.

BECK, Ulrich. **Risk Society**: towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992. Tradução de: Mark Ritter.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art932iii>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BODIN de MORAES, Maria Celina. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, 2004.

BONNA, Alexandre. Análise Crítica da Indenização Punitiva e Responsabilidade Objetiva no Brasil à Luz da Teoria de Jules Colleman. In: ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil Novas Tendências**. São Paulo: Foco, 2017.

BONNA, Alexandre. **Punitive Damages (Indenização Punitiva) e os Danos em Massa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Regiane. [Https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-16/record-e-condenada-a-pagar-dois-milhoes-de-reais-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-diamantina.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-16/record-e-condenada-a-pagar-dois-milhoes-de-reais-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-diamantina.html). **El País**. São Paulo, p. 1-1. 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/record-tera-que-pagar-2-milhoes-em-multa-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-minas-gerais-24253384>>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 987 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 2190 p.

FOCAULT. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 42. ed. Petrópolis: Editora Foco, 2014.

HUANG, Bert. I. **Surprisingly Punitive Damages**, Virginia Law Review, Vol. 100, p. 1027, 2014; Columbia Law & Economics Working Paper No. 497; Columbia Public Law Research Paper No. 14-422 (2014). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1879.

HUBBARD, F. Patrick. **The Nature and Impact of the "Tort Reform" Movement**. Hofstra Law Review, South Carolina, v. 35, n. 2, p.438-538, 2006. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/law_facpub/100/>. Acesso em: 17 fev. 2020

KAUFMAN, Elizabeth. **Punitive damages**: a review, evaluation and critique of current practices and proposals for reform. Dezembro 16, 2003.

KRAUSS, Michael I.. **Punitive Damages and the Supreme Court**: A Tragedy in Five Acts. Cato Supreme Court Review, p. 315-334, 2006-2007; George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-34. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1020142>. Acesso em: 17 fev. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEURKENS, Renée Charlotte. **Punitive damages**: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe. Deventer: Wolters Kluwer Business. 2014. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/files/1624684/guid-cd2b5e71-b922-47dc-894a-93d9828ff6ff-ASSET1.0>. Acesso em: 18 fev. 2020

OWEN, David G.. **A Punitive Damages Overview**: Functions, Problems and Reform. South Carolina: Faculty Publications, v. 39, n. 2, p.363-413, jun. 1994. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=law_facpub. Acesso em: 15 fev. 2020.

QUINTANA, Mário. **Melhores Poemas**: Mário Quintana. São Paulo: Global Editora, 2012.

RODRIGUES, C. M. . **A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano**: é possível falar em responsabilidade civil sem dano?. In: Eduardo Nunes de Souza; Rodrigo da Guia Silva. (Org.). Controvérsias atuais em responsabilidade civil. 1ed. São Paulo: Almedina, 2018, v. , p. 607-644

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade Civil: Compensar, Punir e Restituir. **Revista Iberc**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p.1-10, jun. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a Reparação e a Pena Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. 292 p.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards:** Reforming the Torts Reforms. *The University Law Review*, v.42, p. 1269-1333, 1993. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol42/iss4/12/>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 3. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2015.

VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos.

O Direito de Danos e a Função Preventiva: Desafios a Partir da Tutela Ininitória em Casos de Colisão de Direitos Fundamentais. **Revista Iberc**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p.01-30, ago. 2019.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo. 2012. 349 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.