

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

PERSPECTIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: DANOS PUNITIVOS

HÉLIO GASTÃO MACHADO LOURENÇO DIAS

RIO DE JANEIRO

2016.2

HÉLIO GASTÃO MACHADO LOURENÇO DIAS

PERSPECTIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: DANOS PUNITIVOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Claudia Franco Correa.

RIO DE JANEIRO

2016.2

CIP - Catalogação na Publicação
Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os

dados fornecidos pelo(a) autor(a)

HÉLIO GASTÃO MACHADO LOURENÇO DIAS

PERSPECTIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: DANOS PUNITIVOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito,

sob a orientação da Professora Claudia Franco
Correa.

Data da Aprovação: __/__/__

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016.2

AGRADECIMENTO

A todos que influenciaram positivamente para eu ter tido a oportunidade de escrever o presente trabalho, porque não se trata apenas de um mero requisito ou formalidade necessária à conclusão do curso de Direito, mas de um objetivo de vida alcançado.

É por isso que agradeço à minha família. Sem ela eu jamais teria passado pelos obstáculos pretéritos a este momento. Jamais. Para manter-se vivo muitas coisas são necessárias, e a maior parte dessas é a família que nos dá.

Agradeço à minha musa, Beatriz Pina, por ser a outra metade de mim, responsável pela simbiose que construiu e continua construindo dois seres: eu e ela. É a minha amada, minha conselheira.

Agradeço aos meus companheiros de turma, porque sem eles seria muito mais difícil ir e voltar da Central até a FND (Faculdade Nacional de Direito). Seria muito mais difícil aturar o ócio entre uma aula e outra quando porventura um professor não podia comparecer. Destes companheiros é preciso deixar um agradecimento especial aos integrantes do “Bonde”, um grupo integrado por pessoas da mais alta bondade, paciência e solidariedade que alguém pode ter numa faculdade. Não precisarei me graduar pela segunda vez para ter a certeza disso.

Aos professores e mestres que honraram com sua obrigação de ensino. Em especial àqueles cujas aulas não se baseavam apenas na doutrina clássica, no direito posto. Esses foram além, buscando marcar com a crítica os nossos pensamentos. Tiveram sucesso.

A Deus, porque me proporcionou tudo isso.

“A injustiça que se faz a um é uma ameaça a todos.”

Montesquieu

A todos que são por um mundo mais justo.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo apresentar e analisar a admissibilidade do instituto dos *punitive damages* pelo ordenamento jurídico brasileiro. Procurou-se apresentar o instituto em comento à luz do ordenamento jurídico de origem, sem ignorar o sistema de responsabilidade civil brasileiro, sobre o qual impendeu também analisar com vistas a possibilitar uma comparação entre os institutos que dão suporte para o sistema indenizatório da *civil law* e *common law*. Por fim, buscou-se explicitar os argumentos da doutrina pátria acerca da possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no Brasil e, dessa exposição, concluir acerca da admissibilidade.

Palavras-chave: Danos punitivos. Responsabilidade Civil. *Civil law*. *Common law*. Ato ilícito.

ABSTRACT

This monograph aims to present and analyze the admissibility of the institute of punitive damages by the Brazilian legal system. It was tried to present the institute under the view of its ordinary legal system, without ignoring the Brazilian legal system in regarding the tort system, on which it was also necessary to analyze with aim to making possible a comparison between the institutes that give support to the civil law tort system and common law tort system. Finally, it was tried to explain the arguments of the homeland doctrine about the possibility of applying the punitive damages in Brazil and, from this exposition, to conclude about the admissibility.

Key-words: Punitive damages. Tort law. Civil law. Common law. Tort.

A presente monografia tem como objetivo apresentar e analisar a admissibilidade do instituto dos *punitive damages* pelo ordenamento jurídico brasileiro. Procurou-se apresentar o instituto em comento à luz do ordenamento jurídico de origem, sem ignorar o sistema de responsabilidade civil brasileiro, sobre o qual impendeu também analisar com vistas a possibilitar uma comparação entre os institutos que dão suporte para o sistema indenizatório da *civil law* e *common law*. Por fim, buscou-se explicitar os argumentos da doutrina pátria acerca da possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no Brasil e, dessa exposição, concluir acerca dessa admissibilidade.

Palavras-chave: Danos punitivos. Responsabilidade Civil. *Civil law*. *Common law*. Ato ilícito.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>14</u>
<u>1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</u>	<u>16</u>
<u>1.1 Do conceito de responsabilidade e sua natureza jurídica.....</u>	<u>16</u>
<u>1.2 Dos elementos da responsabilidade.....</u>	<u>17</u>
<u>1.2.1 A culpa (conduta culpável).....</u>	<u>17</u>
<u>1.2.2 O nexo causal.....</u>	<u>20</u>
<u>1.2.3 O dano.....</u>	<u>22</u>
<u>1.3 Da responsabilidade objetiva.....</u>	<u>24</u>
<u>2 OS DANOS PUNITIVOS.....</u>	<u>26</u>
<u>2.1 O que são?.....</u>	<u>26</u>
<u>2.2 Raízes históricas e precedentes da indenização punitiva.....</u>	<u>27</u>
<u>2.3 Pressupostos de aplicação.....</u>	<u>30</u>
<u>2.3.1 Objetivo.....</u>	<u>30</u>
<u>2.3.2 Subjetivos.....</u>	<u>31</u>
<u>2.3.3 Comparação com o dano moral.....</u>	<u>31</u>
<u>2.4 Critérios de quantificação da indenização punitiva.....</u>	<u>33</u>
<u>2.5 Outras funções exercidas pelos punitive damages.....</u>	<u>33</u>
<u>3 A ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</u>	<u>36</u>
<u>3.1 O porquê da adoção da condenação punitiva.....</u>	<u>36</u>
<u>3.2 Análise da admissibilidade.....</u>	<u>37</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>40</u>
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>42</u>

INTRODUÇÃO

Na década passada, houve um grande acontecimento no Direito Civil brasileiro: o nascimento de um novo diploma para regular substancialmente o direito privado, o Código Civil de 2002. Essa nova regulação foi substancial porque, por óbvio, permaneceram reguladas por leis especiais as matérias as quais o novo código não avocou para si, seja tacitamente ou expressamente, sendo certo que o antigo código, o Código Civil de 1916, foi ab-rogado pelo novo.

O novo diploma ratificou a evolução pela qual passou a responsabilidade civil no século passado, tendente a uma maior proteção da vítima, tratando-a como o seu novo pedestal. Essa evolução se deu graças aos fatores tecnológicos e sociais. A diversidade de dano se ampliava à medida que esses fatores também se ampliavam. A sociedade evoluiu e continua evoluindo, ofertando tributos ao risco gerado por essa evolução. Tornaram-se mais comuns os casos de acidentes de trabalho ao mesmo tempo em que mais casos eram fatais ou mais gravosos do que antes, a multiplicidade de formas de contratação foi ampliada, assim por diante. Nas palavras de Cavalieri, **“os domínios da responsabilidade civil foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana”**.¹

Além do fator tecnológico, pode-se ressaltar como fator de evolução da responsabilidade civil a busca pela justiça social, que surge como norteadora das políticas públicas e, portanto, legislativas, sendo certo que essa busca teve causa os problemas gerados pela evolução tecnológica (massificação da produção e consumo)². João Calvão, então, tangendo a temática da justiça social, assevera o seguinte:

“este sentimento de solidariedade é a contraface da insegurança em que vive o homem, dado o vertiginoso progresso técnico/científico que caracteriza a sociedade contemporânea. Se não há elevado grau de segurança, garante-se ao menos a reparação do dano pessoal decorrente dos acidentes”.³

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-7.

2 Ibidem, p.4.

3 CALVÃO, João, apud CAVALIERI FILHO, Sergio, ibidem, p.5.

É de se ressaltar, nesse sentido, que nossa própria Magna Carta, no *caput* de seu art. 170, já impunha a observância da “existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁴. Dessa maneira, pode-se dizer que o Código Civil de 2002 acertou nas inovações trazidas para a sociedade brasileira, conforme se exporá logo por meio da menção de alguns de seus dispositivos.

É que antes do código de 2002, com a ressalva de algumas exceções de responsabilidade objetiva previstas em legislação especial (decreto das estradas de ferro⁵, danos nucleares⁶), o “sistema” de responsabilidade civil brasileiro se resumia ao art. 159 do Código Civil de 1916⁷, cujo teor é o que segue: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Àquela época, pairavam ainda discussões acerca da admissibilidade da reparação em casos de danos unicamente morais, ou seja, aqueles que não subtraem valor objetivo do patrimônio da vítima, mas atentam contra algum dos atributos da personalidade da pessoa, seja ela natural ou jurídica, como se verá adiante. Além disso, o código de 1916 sequer previa a possibilidade de reparação sem culpa do agente, o que já não suportava a solução para os problemas causados pela evolução da nossa sociedade. Ficavam, então, as pessoas expostas às mais diversas possibilidades de dano e não tinham garantida a sua reparação, pois imperava o sistema da chamada *prova diabólica*, aquela meio de prova ao qual a parte ou o magistrado

4 BRASIL. **Constituição (1988)**. Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.

5 BRASIL. **Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso: 02 nov. 2016.

6 BRASIL. **Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Palácio do Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso: 02 de nov. 2016.

7 CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 2.

jamais terá acesso, a não ser nos casos em que um ou outro possuía onisciência, onipresença, clarividência, ou algum outro atributo que o valesse, ou seja, nenhum.⁸

Portanto, seguindo a evolução acerca da responsabilidade civil, que borbulhava nos países europeus cujo sistema de direito adotado era o romano-germânico, também conhecido como sistema europeu continental ou *civil law*, o Código Civil de 2002, nasce com a autoridade devida para incorporar dispositivos na ordem jurídica que reverteriam esse quadro de irresponsabilidade, baseado no artigo único do nosso Código de 1916.

Exemplos de dispositivo do Novo Código são o parágrafo único do art. 927, o art. 186 e o art. 187. O primeiro dispositivo adota a *teoria do risco*, adiante explicada, como fundamento para os casos de responsabilidade civil, dando liberdade a outros diplomas legais para dispor sobre o expurgo da culpa no âmbito de sua aplicação, e, portanto, garantindo por si só a reparação da vítima da grande maioria dos casos de responsabilidade civil (atividades industriais que naturalmente geram riscos em sua realização). O segundo dispositivo ratifica, de uma vez por todas, a possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais. Ou seja, se antes o dano material era uma espécie de pressuposto para a aplicação do dano moral, hoje são institutos totalmente autônomos, podendo se vincular num caso concreto pelas circunstâncias próprias deste, sem que com isso comprometam suas autonomias de aplicabilidade. O terceiro dispositivo veio tratar dos casos em que há o exercício abusivo do direito. Nesses casos, o titular do direito o exercia com excesso, a ponto de gerar dano a outrem, e não era imputado para reparar o dano. É que sua tese de defesa era justamente a de que seu ato era premido de legalidade, gerando, assim, mais e mais casos de irreparabilidade e injustiça.

Outo ponto a se ressaltar é que o anteprojeto do código civil deste século data de 1972⁹, mas certo é que esse documento já nasceu sob a égide da nossa última Constituição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que consagrava os

8 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6ªed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-19.

9 Conforme o datado no documento da conferência realizada na Universidade de São Paulo (USP), pelo reitor Miguel Reale, responsável pelo anteprojeto. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>> Acesso em 26 nov 2016.

valores do *neoconstitucionalismo* no ordenamento jurídico pátrio, sendo cediço que, dentre os valores desse movimento, se destaca o da *constitucionalização do Direito*, ou seja, normas e princípios constitucionais irradiam para todos os ramos do ordenamento jurídico, principalmente os direitos e garantias fundamentais individuais – estes com força de cláusulas pétreas, de acordo com o art. 60, § 4º, da CRFB/88 – e sociais, previstos no capítulo I e capítulo II, respectivamente, do Título II da nossa Constituição.¹⁰

É que desde o século XX há uma crescente expansão do direito público sobre o direito privado, notadamente do Direito Constitucional sobre os demais ramos do Direito. Como assevera Luís Roberto Barroso:

*“a progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública. (...) A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada publicização do direito privado.”*¹¹

Não obstante, a título meramente classificatório, dentro da divisão bipartida entre direito público e direito privado, a Responsabilidade Civil se encontra nesse último polo, por vez que é uma subdivisão do Direito Civil, em que pese ser essa bipartição uma reminiscência romana, hoje com fins mais didáticos do que outros¹². Destarte, não se pode enxergar a Responsabilidade Civil como um fim em si mesmo, bem como outro qualquer ramo do Direito. As normas e valores constitucionais são cogentes e irradiantes por toda a parte.

Nesse sentido, é também com esteio na base constitucional que se propõe aqui a analisar o instituto dos *punitive damages*. Se sua adoção caracterizaria alguma violação à nossa Constituição, se há a possibilidade de adaptá-lo para que seja adequado com o nosso ordenamento jurídico. Isso porque se enxerga a condenação punitiva como uma alternativa de prevenção do dano, um preço de desestímulo. Até porque, se se fala em indústria da

10 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.

11 BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

12 Como esclarece o ilustre desembargador Carlos Roberto Gonçalves, acerca da origem da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, e como essa dicotomia não possui limites tão definidos. Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

responsabilidade civil, ou do dano moral, essa indústria conta com uma matéria-prima: atos reiterados de violação de direitos.¹³ Sendo assim, nada mais constitucional do que coibir a produção de matéria-prima dessa “indústria”.

Em relação ao presente trabalho, ao primeiro capítulo deste foi reservado um exórdio, para que melhor se compreenda os porquês do cerne desta monografia. Nesse exórdio, então, procurou-se conceituar brevemente os elementos, a essência da responsabilidade civil, conceituando-os um a um, exemplificando-os com casos hipotéticos, ressaltando os pontos de encontro entre um e outro quando da análise jurídica de um fato. Buscou-se também trazer a ideia de responsabilidade, partindo de fontes extrajurídicas para depois desembocar em seu significado positivado por nosso ordenamento jurídico. Ao final do capítulo, traçou-se uma rápida perspectiva acerca da responsabilidade objetiva que, de certa forma, desconstrói a teoria clássica da responsabilidade civil ao expurgar a culpa como elemento de configuração da responsabilidade, como elemento essencial à imputação de um fato a determinada pessoa (jurídica ou natural).

No segundo capítulo o instituto dos *punitive damages* é conceituado com base no sistema de direito da *common law*, mais especificamente dos Estados Unidos. Fez-se uma breve abordagem histórica sobre a concepção e evolução desse instituto para que, por meio dos fundamentos extrajurídicos, melhor seja entendido o que levou a sociedade americana à concepção dessa espécie de condenação ou indenização, à sua incorporação no tratamento jurídico dos acontecimentos. Também foram ressaltados os pressupostos de aplicação dos *punitive damages*, com vistas a um melhor, porém específico, conhecimento do sistema de responsabilidade no ordenamento jurídico americano, o que possibilita, então, traçar um paralelo entre os institutos próprios do nosso sistema de responsabilidade civil e aqueles da *common law* que foram abordados neste trabalho. Por fim, ressaltou-se alguns casos polêmicos oriundos da aplicação dos *punitive damages* pelas cortes norte-americanas. Por meio desses casos, buscou-se tornar o tema mais palatável e compreensível, menos abstrato e mais prático.

O terceiro capítulo tem como foco a análise de uma hipotética admissibilidade desse instituto alienígena, uma espécie de importação “à brasileira”, dado os motivos que lá estarão

expressos e que norteiam e delimitam essa admissibilidade. Para isso, buscou-se primeiro apresentar os pontos mais recorrentes na doutrina que estão no perímetro acerca dessa possibilidade de adoção dos *punitive damages*, os principais argumentos a favor e contra em conjunto com a base legal pertinente. Após a apresentação detida desses argumentos, passou-se a análise da admissão do instituto, com a sugestão de um modelo.

Sendo assim, esta monografia busca contribuir para o estudo do Direito Civil, tendo em vista o seu papel na efetivação de princípios constitucionais, ao passo que apresenta um instituto alienígena como alternativa para a prevenção e solução de litígios.

1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se adentrar no tema central desta monografia, é preciso traçar um panorama geral sobre o sistema de responsabilidade civil brasileiro, com a conceituação da própria ideia de responsabilidade, sua natureza jurídica, e a conceituação dos elementos essenciais da responsabilidade, seus pressupostos de aplicação, o que se fará neste capítulo.

1.1 Do conceito de responsabilidade e sua natureza jurídica

A definição de responsabilidade, segundo Candido de Figueiredo, é a “obrigação de responder por certos *actos* ou *factos*”. Responsável seria, então, aquele “que tem de cumprir obrigações suas ou alheias. Que responde pelos seus *actos* ou pelos de outrem. Que tem compromissos.”¹⁴ Sob a perspectiva do Direito Civil, nas palavras de Flávio Tartuce, a responsabilidade “surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.”¹⁵

Neste primeiro momento, cabe salientar, então, que não se deve confundir a responsabilidade civil com outras responsabilidades adjacentes ao Direito, ou, de uma forma mais abrangente, adjacentes à complexidade do convívio social.

Além da ideia de responsabilidade advinda do Direito Civil, é possível conceber outras ideias de responsabilidade como a administrativa e a penal, essas ainda sob a égide do Direito, porque derivadas de fatos ou atos com repercussão na esfera jurídica, e outras responsabilidades como a social, moral, etc., que não geram essa repercussão. Pode-se dividir, então, a responsabilidade em dois nichos que nem sempre se misturam: o nicho da responsabilidade jurídica e o nicho da responsabilidade moral.

14 FIGUEIREDO, Candido de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1913, p. 1751. Disponível em <<http://www.dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em 31 de out. 2016.

15 Tartuce, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, formato digital, p. 350.

Como destaca José de Aguiar Dias, a responsabilidade jurídica se apresenta com base no que o legislador, em dado momento histórico, escolheu positivar com vistas à preservação da vida social, ou seja, é a responsabilidade advinda da norma editada pelo legislador, e, por isso, tem como pressuposto a investigação da ocorrência do prejuízo.¹⁶ Já a responsabilidade moral é aquela que recai unicamente sobre a consciência do indivíduo, independentemente de sua repercussão na esfera jurídica, seja essa responsabilidade perante Deus ou outras entidades adoradas pelo indivíduo, ou perante outra pessoa.

Muitas das vezes a responsabilidade moral se correlaciona com a responsabilidade jurídica e vice-versa. É que o Direito, como fenômeno social, encontra a razão de sua norma posta na própria sociedade por ele regulada. Não é à toa que as sociedades aderentes ao *rule of law*¹⁷ têm como principais órgãos editores de normas os compostos por representantes do povo e, por vezes, dos representantes dos entes federativos – como é o caso do Brasil, que adota uma casa legislativa, o Senado, para representar o interesse dos estados membros da República Federativa, bem como de seu Distrito Federal¹⁸. Logo, a edição da norma deve estar, de alguma forma, em consonância com os interesses do povo. Sobre isso, assenta a CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), no parágrafo único de seu artigo 1º, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição¹⁹”. Por isso, a convergência dos interesses sociais e morais com os da norma posta será, muitas vezes, uma das consequências empíricas desse mandamento.

16 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 3-5.

17 Nas palavras do ilustre Luís Roberto Barroso, “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*). (...) Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha *legitimidade*, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 27.

18 Para ratificar a assertiva, leia-se os *caputs* dos artigos 44, 45 e 46, a seguir transcritos: “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (...) Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. (...) Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.” BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 31 out. 2016.

19 Ibidem.

Ainda sobre a importante distinção entre as ideias de responsabilidade jurídica e moral, é possível melhor assentá-la com base na teoria dos atos e fatos jurídicos, que vem justamente para traçar um limite entre o mundo jurídico e o mundo social. Imaginem se o Direito tivesse a incumbência de regular toda e qualquer relação, ou positivizar norma para todo e qualquer fato? Nesse sentido, merece destaque as palavras de Cavaliere:

“Para chegarmos ao exato lugar onde se situa a responsabilidade no plano geral do direito temos que partir da noção de fato jurídico. Dizia o grande Ihering que o direito nasce dos fatos – *facto jus oritur*. Não é, todavia, qualquer fato social que faz nascer o Direito; somente o fato que tem repercussão jurídica. E esse fato é aquele que se ajusta à hipótese prevista na lei (fato abstrato). Quando, no mundo real, ocorre um fato que se ajusta à hipótese prevista na norma (fato jurígeno), a norma incide sobre esse fato, atribuindo-lhe efeitos jurídicos. Eis aí o *fato jurídico*, que, como sabido, é o acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo.

Inúmeros fatos sociais não tem repercussão no mundo jurídico, razão pela qual deles não se ocupa o Direito. Tome-se como exemplo o fato de alguém caminhar por uma rua ou passear por uma praça. Mas, se nessa praça houver placas proibindo pisar na grama e essa pessoa desrespeitar a proibição, já teremos, aí, um fato jurídico, porquanto o Direito lhe atribui consequências jurídicas.”²⁰

Kelsen, acerca da distinção entre norma moral e norma jurídica, leciona que a principal diferença reside no fato de que a última é protegida contra transgressão ao prever uma sanção caso isso ocorra. Nas palavras do filósofo, “normas jurídicas são normas de um sistema, que, para o caso de violação da norma, prevê, no final, uma sanção, isto é, uma força organizada, especialmente uma pena ou uma execução.”²¹

Dadas essas considerações, faz-se mister tratar da natureza jurídica da responsabilidade civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, “que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”²² Cavaliere, na mesma linha, aduz que “designa um dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.”²³ Trata-se de uma

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 19.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, formato digital, p. 25.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 14.

consequência lógica da definição semântica do termo responsabilidade, aqui colacionado anteriormente. Para esse entendimento, Cavalieri salienta a distinção entre responsabilidade e obrigação ao lecionar que essa sempre será um dever jurídico originário, enquanto que aquela sempre será um dever jurídico sucessivo, por vez que só se aplica nos casos em que a obrigação não é adimplida.²⁴²⁵

Acerca do dever jurídico originário, esse pode advir da lei ou de um preceito geral de direito (como o dever geral de abstenção), ou de um ato negocial, ou qualquer outra relação jurídica obrigacional preexistente, daí se retira a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual (essa conhecida também como aquiliana ou absoluta).²⁶ Vale a pena destacar que essa dicotomia não divide o tema da responsabilidade civil com o rigor que parece, haja vista a aplicação de dispositivos legais concebidos para a responsabilidade contratual também serem aplicados à responsabilidade aquiliana.²⁷

Até aqui, pode ser que o leitor tenha sido levado ao pensamento de que a responsabilidade só existe quando há uma violação, um ato ilícito. Esse pensamento não deve prosperar porque nem todo o ilícito gera dano, assim como nem todo o dano causado é ilícito. Vejamos o que dispõe o art. 188, *caput*, do CC/02 e seu inciso II: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...) II - A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”²⁸ Esse dispositivo apresenta o estado de necessidade, ou seja, um

24 Idem.

25 Conforme prevê o *caput* do art. 389 do Código Civil de 2002, “Art. 389 Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, embora o art. 927. P. Ú. disponha que “Art. 927 (...) 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.” O próprio, então, faz confusão ao empregar o termo “obrigação” quando se refere ao reparo do dano, ou seja, a indenização. BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

26 CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 30.

27 Ibidem, p. 31.

28 BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

prejuízo causado por ato lícito. Como ficaria a vítima do prejuízo? O art. 930 do referido Código dá a resposta: “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do [inciso II do art. 188](#), não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”²⁹Em conclusão, o autor do fato danoso tem responsabilidade devendo reparar a vítima, mesmo não tendo cometido ato ilícito.

Dados esses elementos, importante ressaltar que só cabe neste trabalho a análise da responsabilidade advinda do Direito Civil, eis que o instituto do dano punitivo tem sua aplicação restrita a essa seara, como se verá mais adiante, motivo pelo qual se dispensa mais comentários acerca das responsabilidades adjacentes a outros ramos do Direito. Dessa maneira, passaremos a analisar os elementos da responsabilidade civil nos próximos tópicos, tendo em vista sua importância para a compreensão do cerne do presente trabalho.

1.2 Dos elementos da responsabilidade

Entende-se como os elementos da responsabilidade a culpa, o nexo causal e o dano. A culpa é o elemento subjetivo dentro dessa divisão dos elementos da responsabilidade civil, pois que integra a análise da conduta do agente. O nexo causal e o dano são os elementos objetivos.

Cabe lembrar, conforme já apresentado na introdução deste trabalho, que, embora se considere como algo elementar para a configuração da responsabilidade civil, a culpa poderá ser dispensada nos casos de responsabilidade objetiva. É uma medida de direito que busca um maior estado de justiça, tendo em vista a hipossuficiência da vítima de provar a culpa do agente.

1.2.1 A culpa (conduta culpável)

O primeiro elemento da responsabilidade civil examinado nos livros pertinentes é a culpa. Isso porque, em relação a todo ato ilícito realizado por qualquer indivíduo, incidirá

²⁹ Idem.

sobre esse indivíduo um juízo de reprovação. A esse juízo dá-se o nome de culpabilidade.³⁰ Porém, antes impende realizar algumas considerações sobre esse ato que faz recair sobre o indivíduo o tal juízo de reprovação.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”³¹ Primeiramente, a ação, como bem demonstra o dispositivo, é umas das possibilidades de conduta realizada por determinado agente, haja vista que o ilícito pode ser praticado por omissão. A essas duas possibilidades de realização do ilícito chama-se conduta. Nas palavras de Sergio Cavalieri:

“Entende-se, pois, por conduta, o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.”³²

Acredita-se aqui que a conduta comissiva (a ação) não se faz complexa o bastante para tornar necessárias mais explanações. Porém, quanto à conduta omissiva, impende ressaltar que essa deve ser juridicamente relevante, ou seja, quando o agente tem o dever jurídico de agir para impedir determinado resultado. Esse dever, como explica a doutrina, pode ser proveniente do mandamento legal, de uma convenção entre as partes (negócio jurídico) ou do fato do agente omitente assim se caracterizar no momento de sua conduta por ter criado o risco para a vítima no momento anterior à própria conduta. Ou seja, por ele ter criado o risco, ele passa a ter o dever jurídico de impedir que o resultado proveniente desse risco se materialize.³³ Nada mais justo. Portanto, no julgamento acerca da culpabilidade de determinado indivíduo não valerá sempre aquela máxima que do nada, nada vem.

30 CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 45.

31 BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

32 CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 38.

33 Idem.

Para que fique claro, mais uma vez se ressalta que a conduta relevante para a responsabilidade civil é aquela que gera prejuízo sendo ilícita, salvo nos casos de excludente de ilicitude, em que ainda restará a reparação devido ao prejuízo sofrido, como já se explicou acima, em decorrência do princípio da reparação integral.

Agora, analisado o aspecto objetivo da conduta, cabe aqui completar o estudo trazendo algumas considerações sobre seu elemento subjetivo, que é a vontade do agente, ou seja, como ele se dirigiu em relação ao resultado criado, se dolosamente ou com culpa, e o que isso significa.

O agente que age dolosamente assim o faz porque quer o resultado danoso. O agente concebe uma ideia com o fim de causar o dano a outrem. Não cabe assertiva melhor que a de Sergio Cavalieri quanto ao dolo, assevera que:

“Ressai desses conceitos que o dolo tem por elementos a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude. Representação é, em outras palavras, previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação.”³⁴

O trecho acima impõe a necessidade de se considerar neste momento do trabalho a ideia da possibilidade de punição do agente de acordo com a sua noção de ilicitude, ao momento da prática do ato ou omissão. A isso se chama de imputabilidade.

A imputabilidade está no campo da culpabilidade, pois é elemento que busca com justiça aferir se determinado indivíduo pode e deve ser punido de acordo com o ato praticado. Ela abrange duas ideias basilares, quais sejam: a) a capacidade, ao momento do fato, do agente entende-lo como culpável (seria a ideia de maturidade e de sanidade); b) se o agente, naquele exato momento em que pratica ou deixa de praticar, pôde e deveria ter agido de maneira distinta. Pode-se dizer, a despeito das controvérsias na doutrina internacional³⁵, que a imputabilidade é o juízo de discernimento do agente ao momento do fato danoso. Como assevera Cavalieri, “imputável é o agente mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender

34 Ibidem, p. 46.

35 Acerca das várias concepções sobre a imputabilidade, ver: DIAS, José de Aguiar. Op cit., p. 115-118.

o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.”³⁶ Dessa maneira, não se pode imputar um agente que não seja culpável de acordo com os critérios preestabelecidos por lei, a exemplo, os menores de idade. É um critério biopsicológico adotado pelo Código Civil. Da mesma forma, então, acontece com os que, por enfermidade ou características genéticas, não podem concluir o desenvolvimento mental para responder por seus próprios atos.³⁷ Tamanha a diversidade de possibilidades do caso concreto que, somente por um juízo em que o analisará com detrimento se chegará a uma resposta justa e verdadeira sobre a imputabilidade de um agente.

Nesses casos (dos incapazes), estaria, então, a vítima sem o respaldo da lei para ter reparado o seu prejuízo? A resposta é negativa e encontrada expressamente no art. 928 do Código: “Art. 928 O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”³⁸

Terminada a rápida divagação do último parágrafo, ainda sobre o elemento subjetivo da conduta, também é interessante destacar a distinção dos significados que o termo ‘culpa’ pode aderir, já que culpa *stricto sensu* é o ponto faltante deste tópico. Sob a perspectiva da culpabilidade, é a já explicada acima, no primeiro parágrafo deste ponto. Mas ainda há que se falar na culpa em seu sentido estrito e em seu sentido amplo.

A culpa no sentido amplo, também chamada de culpa genérica³⁹, é “toda a espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa.”⁴⁰ A culpa em sentido estrito é a culpa tencional. Para a responsabilidade civil,

36 CAVALIEIRI FILHO, Sergio. Op. cit, p. 40.

37 Acerca dos incapazes, dispõe o art. 4º do CC/02 que: “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

38 Idem. Acesso em 07 nov. 2016.

39 DIAS, José de Aguiar. Op cit., p.122.

40 CAVALIEIRI FILHO, Sergio. Op. cit, p. 45.

especificamente nos casos de responsabilidade subjetiva, importa, portanto, que a conduta do agente possa ser valorada de acordo com a sua culpabilidade (tendo em vista a ideia de imputabilidade trazida pelo último parágrafo).

Finalmente, sobre a culpa em sentido estrito, essa sempre será uma violação do dever objetivo de cuidado, que é um dever de cautela geral imposto pela ordem jurídica. Nas palavras de Agostinho Alvim:

“a cada momento e em qualquer lugar o homem se acha sempre em situação de praticar um ato (ação ou omissão), do qual derive, ou possa derivar, dano a terceiro, sem que seja possível determinar a norma infringida. Fácil é imaginar, portanto, que um número infinito de casos não estão, nem podem estar regulados. Por isso a ordem jurídica impõe a todos um dever indeterminado de cuidado, diligência ou cautela a ser observado em cada caso e nas mais variadas situações.”⁴¹

Porém, a definição do que seria essa cautela encontra divergências doutrinárias as quais não influenciará no rumo do presente trabalho, devendo-se, então, apenas ressaltar a base da formação da conduta do agente, nas palavras de Cavalieri, que faz suas considerações de acordo com o que leciona Fernando Pessoa Jorge, como se transcreve a seguir:

“Há dois momentos distintos no processo de formação da conduta diligente. Num primeiro momento, de caráter fundamentalmente intelectual ou de conhecimento, o agente é chamado a descobrir o comportamento adequado para atingir o fim que lhe é proposto (...) provocando, assim, um estado de vigilância e atenção ao cumprimento do dever. No segundo momento, depois de conhecido o comportamento devido, a vontade exerce-se de novo para determinar o agente a efetivamente adotar esse comportamento. **Em ambos os momentos a vontade atua ou pode atuar, mas, na medida em que ela é chamada a atuar, só exigível do agente um esforço médio**”.⁴² (grifou-se)

Portanto, levando em consideração o processo de formação de vontade do agente, chega-se à conclusão de que a culpa (em sentido estrito) é diferente da conduta dolosa. José de Aguiar Dias remonta ao Direito Romano ao diferenciar a culpa e o dolo com base na ideia de delito e quase-delito. “Delito é a violação intencional da norma de conduta. Quase-delito é o fato pelo qual a pessoa capaz de ofender, operando sem malícia, mas com negligência não

41 ALVIM, Agostinho apud CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit, p. 47.

42 Idem. A obra da qual foi extraída a ideia: PESSOA, Fernando Jorge. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa, 1968.

escusável, em relação ao direito alheio, comete infração prejudicial a outrem.”⁴³ Nesse sentido, Cavalieri leciona que, na conduta culposa, como o agente não se dirige finalisticamente à produção do resultado danoso, ocorre, então, o erro de conduta⁴⁴. É que o agente tem a intenção de praticar algo lícito. Porém, como não cumpre com o seu dever de cuidado, acaba sendo levado à ilicitude (a despeito das divergências acerca de ilicitude/prejuízo).

Ainda sobre o dever geral de cuidado, há que se ressaltar a necessidade do resultado ser previsível, como aquele que o é pelo homem médio (critério objetivo) e de poder ter sido previsto no caso concreto, ou seja, de acordo com as condições de previsibilidade do agente no momento de sua conduta, de acordo com suas condições pessoais como idade, o grau de conhecimento sobre determinado assunto, etc. (critério subjetivo).⁴⁵

Recai também sobre a atitude do agente a análise da falta de cuidado dado os elementos anteriores, o elemento subjetivo da conduta e a previsibilidade. Essa falta, de acordo com art. 186 do CC/02, já transcrito aqui, pode se manifestar por meio da imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência está para ato comissivo assim como a negligência está para o ato omissivo, ao ponto em que ambas as maneiras de manifestação são propriamente a falta de cautela. A imperícia está relacionada com o exercício de atividade técnica, podendo ocorrer quando um indivíduo a desempenha sem que tenha a devida habilitação, ou por erro grosseiro.⁴⁶

Portanto, de acordo com Cavalieri, são elementos da conduta culposa: (i) a conduta voluntária (porque o agente quis agir da maneira como agiu) com resultado involuntário (porque o agente, mesmo que tenha quisto agir de determinada maneira, não quis produzir o

43 DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 111.

44 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 48-49.

45 Ibidem. p. 51.

46 Ibidem. p. 52.

resultado); (ii) a previsibilidade (tanto de acordo com o critério do homem médio, o objetivo, como consoante com o critério subjetivo; e (iii) a falta de cuidado.⁴⁷

Por fim, há que destacar as gradações da conduta culposa. São elas a culpa levíssima, a leve e a grave. A culpa levíssima é assim chamada pela doutrina pela determinação do Art. 944, Parágrafo Único, do CC/02 a dispor “Art. 944 (...) Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”⁴⁸ Portanto, jamais restará possível a aplicação do dano punitivo ao agente quando esse tiver agido com culpa levíssima Cavalieri ainda afirma ser esse dispositivo uma mitigação do princípio da reparação integral, já que confere ao julgador a competência para fixar indenização de acordo com o seu juízo.⁴⁹ Ainda impende ressaltar que a culpa levíssima se caracteriza quando o agente não possui os meios para agir de maneira diferente, mas ainda assim causa o dano. Esses meios seriam uma falta de atenção acima da exigível do homem médio, uma habilidade especial ou um conhecimento específico determinante para que o agente optasse por outra conduta.⁵⁰

Por outro lado, no caso de culpa leve, o agente teria meios para se desviar do resultado danoso, já que seria um caso de cuidado exigível do homem médio. Diferente do que ocorre na culpa grave, em que o agente antevê o resultado mas acredita que não irá produzi-lo, e assim, age com tamanha grosseria, uma falta de cautela injustificável quando comparada à conduta do homem médio. Apenas para que não se confundam os institutos, a culpa grave traz a hipótese verdadeira de culpa consciente, que se distingue do dolo eventual previsto também no Direito Penal. É que no dolo eventual o agente assume o risco de produção do resultado.⁵¹ Na culpa consciente, o agente acredita verdadeiramente que não irá produzi-lo.

47 Ibidem. p. 50.

48 BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

49 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 53.

50 Idem.

51 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 352.

1.2.2 O nexu causal

O nexu causal é normalmente apresentado como sendo o segundo elemento da responsabilidade civil. É o liame entre a conduta do agente e o resultado, o prejuízo, o dano. Por meio do nexu causal, busca-se aferir se determinada conduta foi *adequada* para a ocorrência do dano, a despeito da teoria que se adote. Isso porque uma delas ganha o nome de teoria da causalidade adequada. Mas, primeiro, analisemos a teoria da equivalência das causas.

A teoria da equivalência das causas (ou teoria *sine qua non*) impõe que não há diferença entre as condições quando qualquer uma delas, se inexistente, faria o resultado não ser produzido. Ou seja, não se deve esquadrinhar se uma das condições é mais ou menos importante que a outra. Se uma delas é mais adequada ou não. Isso porque, sem a ocorrência de qualquer uma delas, o autor do fato danoso jamais teria produzido o resultado “Se várias condições concorrem para produzir o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem.”⁵² Por meio dessa teoria, o leitor pode ser levado a pensar o Direito Civil imputa a qualquer indivíduo que tenha contribuído de qualquer forma para o resultado. Mas não é assim que funciona. A persecução pela ocorrência do ilícito não é infinita. Não poder-se-ia imputar, por exemplo, o fabricante de armas de fogo por ter um indivíduo assassinado outro, da mesma forma que não se pode imputar o resultado a quem lhe vendeu a matéria-prima para produzir o armamento, a sociedade empresária que explora e extrai minérios para a produção de pólvora, etc.

Para evitar essa persecução sem fim, von Kries elaborou a teoria da causalidade adequada.⁵³ Essa teoria determina que, mesmo que existam várias condições concorrentes, sem as quais o agente não poderia ter produzido o resultado por uma impossibilidade fática, deve-se indagar qual era a causa, ou as causas adequadas à produção do ilícito, e não qualquer uma delas. Ou seja, se não existisse armas, um sujeito, num caso concreto, não poderia assassinar outro utilizando uma arma de fogo. Porém, a mera existência de uma arma de fogo

52 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 64.

53 Ibidem. p. 65.

imporia a morte dessa vítima? Claro que não. Por isso se deve excluir como causa adequada o fato de determinada pessoa jurídica ou física ter fabricado o armamento. Cavalieri ressalta que essa teoria também traz um problema, qual seja: estabelecer a causa adequada objetivamente. Não há. Nas palavras desse autor:

“a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.”⁵⁴

Desse jeito, ter-se-ia que estabelecer as seguintes condições para a imputação, quando da análise de adequação de uma causa: a condição *in concreto* seria uma causa adequada em abstrato? Se sim, ela é uma causa no caso concreto. Ademais, a conduta, por si só, seria capaz de produzir o resultado? Se sim, é uma causa. Essas indagações ou critérios de aferição da causa adequada foram propostas por Antunes Varela.⁵⁵ Por fim, é possível afirmar que o Código Civil de 2002 adotou essa teoria quando dispôs, em seu art. 403, o que segue: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Não obstante todas as teorias formuladas sobre o nexa causal, há que se falar, agora, sobre a sua mitigação diante de alguns casos específicos, por uma simples opção do legislador, que se apoia na evolução da responsabilidade civil como um todo (maiores casos de responsabilidade objetiva, seja devido à ideia de risco integral ou de precaução, o dano coletivo e difuso, etc.). É que, Na opinião de Cavalieri, “tiveram, então, a doutrina e a jurisprudência que flexibilizar a noção de nexa causal para darem resposta aos grandes problemas que surgiram em sede de responsabilidade civil e garantir, na prática, reparação às vítimas dos novos danos”.⁵⁶

54 Idem.

55 Idem.

56 Ibidem. p. 74.

O primeiro caso que se pode comentar sobre é o risco integral, também conhecido como responsabilidade objetiva agravada. Nesses casos, imputa-se ao agente o dano decorrente da simples realização de sua atividade, desde que tal atividade represente por si só um grande risco à sociedade. O grande exemplo é a responsabilidade do operador de instalação nuclear, que está impedido de invocar, inclusive, a força maior para afastar o nexo causal. Veja-se, a título de exemplo, alguns fragmentos da Lei nº 6.453 de 17 de outubro de 1977⁵⁷:

Art . 1º - Para os efeitos desta Lei considera-se:

I - "operador", a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear;

(..)

Art . 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

I - ocorrido na instalação nuclear;

II - provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material;

b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material;

III - provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear;

b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

(...)

Art . 6º - Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.

Note-se que a culpa exclusiva da vítima é o único caso em que o operador não responde pelo dano nuclear.

Há ainda outros tipos de responsabilidade por risco inerente à atividade, que não permitem a invocação do fortuito interno, como, por exemplo, nas relações de consumo. Nesse sentido, se um produto tem defeito em sua produção, ou seja, antes de ser lançado, o fornecedor será imputado pelo fato danoso ao qual tenha o defeito desse produto dado causa.⁵⁸

57 BRASIL. **Lei 6.453 de 17 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Palácio do Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em 19 nov. 2016.

58 Nas palavras de Cavalieri, “o defeito do produto, se anterior ao seu lançamento no mercado, não exime de responsabilidade o fabricante”. Op. cit, p. 74. Sobre a distinção entre fortuito interno e externo: “o *fortuito interno* assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-

Muito importante ressaltar que o *fortuito interno* não se confunde com o que a doutrina chama de risco de desenvolvimento (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin). Trata-se de uma possibilidade de excludente de responsabilidade do fornecedor por defeito que só se sabe após o lançamento do produto. Aqui se diz possibilidade porque não há sequer uma posição majoritária da doutrina acerca da imputabilidade do fornecedor em razão do risco de desenvolvimento. É que esse risco é traduzido no fato de que o fornecedor, por uma insuficiência técnico-científica de seu tempo, não está possibilitado de conhecer do risco de seu produto no momento em que o lança ao mercado.⁵⁹ O defeito só será descoberto, infelizmente, com o aparecimento de vítimas usuárias desses produtos.

Outra hipótese de mitigação donexo causal diz respeito aos casos em que a vítima não consegue comprovar o autor do fato danoso pelo motivo de que esse integra um grupo de pessoas. Por exemplo: há uma manifestação na rua e parte dos que lá estão depredam patrimônio alheio. Como a vítima seria reparada? Um ar-condicionado despencou de um prédio atingindo um veículo estacionado na rua, adjacente ao prédio. Deve a vítima ajuizar ação contra o proprietário da unidade autônoma da qual despencou o produto? Não. Diz o Código Civil: “Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”⁶⁰ A essa hipótese de mitigação dá-se o nome de causalidade alternativa. Nas palavras de Anderson Schreiber, “sua origem situa-se na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade em hipóteses em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu acusado.”⁶¹

se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou formulação do serviço. (...) O mesmo já não ocorre com o *fortuito externo*, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação”. CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 563-564.

59 Ibidem. p. 565-568.

60 BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 nov. 2016

61 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* p. 74. O autor critica veementemente a teoria da causalidade alternativa, ao afirmar que “tal teoria não se propõe a eleger um critério de aferição da causalidade jurídica, mas a cuidar de certas situações que pareciam ao desabrigo nas construções mais comumente adotadas”. SCHREIBER, Anderson. Idem.

Por fim, não que as causas de mitigação tenham se extenuado, mas por se ter elegido as que mais impactam no entendimento do tema desta monografia, cabe salientar que na relação causal por omissão houve importante inovação por parte da jurisprudência brasileira no tocante ao nexo de causalidade na omissão. É que nos casos de omissão, comumente os tribunais só a admitem como causa se for hipótese direta e imediata para a produção do dano, justamente pelo fato de que a omissão a levar a imputação de um agente é aquela dita relevante (nos moldes em que um dever jurídico seja violado, ou seja, o dever do indivíduo de impedir que o resultado se produza, dever esse advindo da lei, do negócio jurídico ou do fato da agente omitente ter criado o risco à vítima, conforme já estudado no ponto pertinente)⁶². Confira-se trecho do acórdão do RE 409.203/RS:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido.⁶³

Entendeu, então, a Suprema Corte que o Estado deve ser responsabilizado nos casos em que o detento realiza a fuga e comete crimes, justamente por ser dever do Estado manter aquele indivíduo recluso. Passemos ao dano.

1.2.3 O dano

62 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 76.

63 STF – RE 409.203/RS, Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 07/03/2006, Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 20/04/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+409203%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+409203%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c5zn89x>>. Acesso em 20 nov. 2016.

Como diria o insigne Cavaliéri, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.⁶⁴ É de tamanha verdade a assertiva que José de Aguiar Dias já falava em sua obra que o estudo da responsabilidade é, pois, o estudo do prejuízo.⁶⁵ Pode-se falar, então, que o dano é o verdadeiro elemento da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, já que se pode ignorar a culpa nos casos de responsabilidade objetiva, como veremos brevemente no ponto seguinte, e pode-se mitigar o nexó causal tendo em vista o já abordado no tópicó anterior. Porém, em ambos os casos, há uma vítima porque há o dano.

Quanto ao conceito de dano, não se deve buscá-lo no vasto rol dos “novos danos”, como o dano sexual, dano por rompimento de noivado, por descumprimento dos deveres conjugais, dano de morte, etc. Logo se perceberá que cada modalidade dessas se encaixará numa das duas verdadeiras modalidades de dano: o dano material (patrimonial) e o dano moral (extrapatrimonial). Tem-se, então, que o dano é a “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”⁶⁶, não importando se esse interesse é patrimonial (um carro, por exemplo) ou extrapatrimonial (a honra, a imagem, etc.).

O dano material abrange qualquer coisa ou direito que integre o patrimônio da vítima, seja um bem corpóreo ou uma relação jurídica (direito de crédito, direitos advindos de contrato, opções de compra/venda, etc.). Para que não se desvirtue do conceito, não é porque o bem não é corpóreo que o dano a ele causado será aferido a título de dano moral.

O Código Civil dispõe o seguinte: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”⁶⁷ Entende-se, então, que dentro da modalidade patrimonial de dano pode-se destacar três sub-modalidades, sendo essas: o dano emergente, o lucro cessantes, e a perda de uma chance.

64 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 92.

65 DIAS, José de Aguiar. Op. cit. p. 3-5.

66 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 93.

67 BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

O dano emergente é aquele facilmente aferido, restando sua comprovação pela simples de prova de decréscimo do patrimônio da vítima quando do fato ocorrido (ex.: um indivíduo atea fogo ao veículo da vítima; essa vítima comprova facilmente que houve um decréscimo de seu patrimônio com a perda do carro), “será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”.⁶⁸

O lucro cessante traduz os efeitos mediatos ou futuros do dano, que podem ser conjugados com o dano emergente no âmbito do mesmo ato ilícito. Não há problemas. No lucro cessante, a vítima deixará de auferir lucro, remuneração ou renda em decorrência do ato ilícito. Portanto, os efeitos ilícito, além de poderem ser emergentes, instantâneos, poderão ser também futuros (ex.: motorista de táxi quem tem seu carro danificado, o que lhe impede de exercer a atividade). Não se pode “confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”.⁶⁹ Cabe ressaltar que, como assevera o art. 402 do CC/02, acima transcrito, a apuração do lucro cessante deve ser pautada na razoabilidade, ou seja, no juízo de proporcionalidade que envolve a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁰

A despeito das discussões doutrinárias, pode-se dizer que a perda de uma chance seria também um caso de mitigação do nexos causal. Uma de suas espécies, a perda de uma chance atípica, procura imputar ao agente o dano não causado diretamente por ele (ex.: por uma conduta omissiva, o médico deixa de atender seu paciente e esse vem a falecer).⁷¹ Já a perda de uma chance clássica, de maneira semelhante, poderia ser traduzida por do seguinte exemplo: um advogado deixa de recorrer de uma decisão e, com isso, seu cliente perde a chance de ter sua situação melhorada. Portanto, perda de uma chance guarda bastante intimidade com o lucro cessante, já que a extensão da consequência do ato ilícito se opera

68 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 94.

69 Ibidem. p. 95.

70 Para melhor entender o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, ver PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 99.

71 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 98.

também no futuro. A diferença é que na perda de uma chance, a vítima teria a chance de ter sua condição melhorada, porém, “é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”.⁷²

Agora, é preciso conceber o dano como o prejuízo que atenta à extrapatrimonialidade do indivíduo, seus atributos pessoais, sua integridade física, sua imagem, bem como outros direitos inerentes aos indivíduos, os direitos da personalidade.

É cediço que, com a Carta Magna de 1988, a proteção do sujeito de direito, considerado como o indivíduo em si, foi alçada ao patamar máximo. Basta ler o início da parte dispositiva do texto constitucional e se encontrará logo no art. 1º, III, o que segue: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido, Cavalieri afirma que o indivíduo tem hoje o “*direito subjetivo constitucional à dignidade*”.⁷³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica”.⁷⁴ Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, nas palavras dessa insigne autora:

“Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direito) à condição de objeto.”⁷⁶

Dessa maneira, pode-se afirmar que o dano moral é a violação desse direito subjetivo à dignidade. “Em sentido amplo dano moral é a violação de algum direito ou atributo da

72 Idem.

73 Ibidem, p. 106.

74 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84.

75 Para a autora, “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Ibidem. p. 85.

76 Idem.

personalidade.”⁷⁷ No entanto, como bem assenta Maria Celina, não se pode confundir o dano moral com as sensações desagradáveis sentidas por um indivíduo, como a dor, a vergonha ou desgosto. “Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar”.⁷⁸⁷⁹

No entanto, a dificuldade reside na quantificação da indenização nos casos em que há o dano moral, justamente por esse abarcar as violações dos direitos atinentes à personalidade do indivíduo, que não são suscetíveis a uma avaliação objetiva. Interessante ainda ressaltar que tal dificuldade serviu como motivo de objeção para a adoção do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.⁸⁰

O *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002 assevera que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.⁸¹ Tal redação é perfeitamente cabível para os danos emergentes, e até para os casos de lucros cessantes e perdas de uma chance, após a liquidação do dano. Mas não para os danos morais.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição

77 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. 108.

78 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 131.

79 Acerca da configuração do dano moral, entende-se que Cavalieri não partilha da mesma percepção que Maria Celina Bodin de Moraes já que o autor afirma que “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 111.

80 Ibidem. p. 123.

81 BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 nov. 2016.

social, política, econômica; e v) a intensidade de seu sofrimento”.⁸² Esses seriam critérios objetivos.

Para se evitar disparates no cálculo do dano, o Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2011, concebeu o critério da dupla fase para a fixação do dano moral. O ministro Paulo de Tarso Sanseverino, com base na ideia de justiça comutativa, recomendou que numa primeira fase da quantificação, dever-se-ia levar em conta o interesse jurídico da vítima consoante os precedentes aplicáveis ao caso concreto, evitando-se, assim, quantificações desarrazoadas e discrepantes, com o fim de se chegar numa fixação preliminar, ou fixação-base. Finalmente na segunda fase a fixação torna-se definitiva, por meio da adequação da fixação-base às circunstâncias do caso concreto, tais como a condição econômica das partes, culpabilidade do agente e concorrência da vítima, gravidade do fato, etc.

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ). 9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

Em relação ao livre arbitramento do dano moral pelo juiz, Cavalieri afirma a indenização jamais pode acarretar em lucro para a vítima, já que isso extrapolaria a função da indenização, causando enriquecimento sem causa. Reforça ainda que toda e qualquer decisão deve ser peneira de razoabilidade.⁸³

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 297.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 125.

1.3 Da responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva é aquela em que se tem um dos elementos da responsabilidade expurgados para a aferição de sua configuração, qual seja: a culpa.

É que a culpa, por vezes, apresenta dificuldade imensa – se não impossível de acordo com determinada circunstância – para a sua comprovação. Nesses casos, tem-se o que a doutrina chama de prova diabólica⁸⁴. Então, a culpa, quando tem sua comprovação privada aos meios aos quais uma parte dificilmente terá acesso, ou até mesmo o juiz, pode ser descrita, nas palavras de Schreiber, da seguinte maneira:

“Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina...”⁸⁵

Para a evolução da responsabilidade até o ponto de concepção da responsabilidade objetiva, os juristas cunharam uma teoria fundamental para o seu assentamento: a teoria do risco. Tanto que se encontra na doutrina a designação da reponsabilidade objetiva como a *responsabilidade pelo risco*.⁸⁶

A teoria do risco foi concebida na França, no fim do século XIX, com o intuito de assegurar a indenização da vítima submetida ao risco operado pelo agente do dano.⁸⁷ O fim do século XIX, então, é bem sugestivo para a concepção dessa teoria, tendo em vista que nesse século a Europa, principalmente, traçava as últimas conquistas do que se pode chamar de

84 SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 17.

85 Idem.

86 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 179.

87 Ibidem, p. 181.

Revolução Industrial, o que quebrou os paradigmas do ponto nevrálgico das relações sociais, do trabalho, promovendo uma sociedade que evoluía com base, também, em sua própria exposição aos riscos de sua revolução tecnológica.⁸⁸

O risco, portanto, nas palavras de Cavaliéri:

“é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.”⁸⁹

Nas relações objetivas de responsabilidade, o juízo, então, deve ser pautado apenas na aferição do nexa causal, elemento abordado no ponto 1.3.2 acima, e na mensuração do dano. Até porque injusto e imoral seria se determinado indivíduo ou instituição, mesmo que realizadores de atividade de risco fossem imputados por algo não derivado de sua atividade.

Nesse sentido, Schreiber leciona que Raymond Saleilles e Josserand, precursores da teoria do risco, propunham que “o princípio de imputabilidade viesse substituído por um princípio de simples causalidade, a prescindir da avaliação do comportamento do sujeito causador do dano.”⁹⁰

Além da teoria do risco, outra ideia veio a fundamentar a responsabilização objetiva. Esta é uma consequência da evolução da responsabilidade civil ao longo dos anos, conforme o comentado na introdução deste trabalho. É a ideia de socialização dos riscos, cuja compreensão melhor se alcança nas palavras de Cavaliéri:

“Nas últimas décadas vem-se acentuando, cada vez mais forte, um movimento no sentido da socialização dos riscos. Em face do *alarmante aumento de acidentes*, principalmente no trabalho e no trânsito, tornando, muitas vezes, irreparável o dano, não só pelo *montante* da indenização, mas, também, pela *falta de patrimônio da parte que o causou*, lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente

88 DE CAMPOS, Flavio; MIRANDA, Renan Garcia. **A escrita da história: ensino médio: volume único**. São Paulo: Escala Educacional, 2005. p. 302-309.

89 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 181.

90 SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p.19.

pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social.”⁹¹

Ou seja, o dano não é mais um problema individual, mas coletivo, da sociedade, para que se garanta o mínimo de reparabilidade para os indivíduos que a compõem. A socialização dos riscos, portanto, se coaduna perfeitamente com o contexto atual, em que a vítima do dano exerce o protagonismo na responsabilidade civil.

91 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit. p. 197.

2 OS DANOS PUNITIVOS

Há muito já se falava em uma cisão entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil⁹². Essa cisão se assentou durante o tempo com base na ideia de terem diferentes objetivos cada um desses dois nichos do Direito. À responsabilidade penal se reservava a ideia do princípio de retribuição, que consiste “na resposta do mal da transgressão com o mal da sanção”.⁹³ Desse modo, toda a sanção que não fosse punitiva estaria assentada no princípio da reparação, que se limitaria à atenuação ou anulação do dano sofrido pela vítima, e nada mais.⁹⁴ Como se verá adiante, no próximo capítulo, esta ideia permanece como argumento nas discussões que tocam o tema da condenação punitiva até os dias presentes.

Porém, ainda que se ignore, desde a primeira década do século XX a ideia de punição no direito civil vem sendo refundada. Hugueney, autor francês, foi a principal figura dessa época a defender a incorporação ou um reconhecimento do caráter punitivo das sanções privadas.⁹⁵ Acerca da dissociação do caráter punitivo e de reparação da sanção civil, esse autor inclusive estabeleceu três critérios para melhor se conceber a aplicação autônoma de uma punição no direito privado, da seguinte maneira:

“(a) critério objetivo – a pena não será vinculada à medida do prejuízo; (b) critério subjetivo – trata-se de uma sanção civil que atinge o autor do ilícito. A culpa do ofensor/devedor será um elemento característico na pena privada; (c) critério teleológico – a pena visa o autor do prejuízo, enquanto a reparação se preocupa com a vítima. A pena será estabelecida em proveito particular da vítima do ilícito.”⁹⁶

Nesse esteio, e tendo em vista a maneira como se dá o sistema de responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, pode-se adentrar o tema dos *punitive damages*, instituto oriundo do direito alienígena anglo-saxão.

92 ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. Edição digital, São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

93 Idem.

94 Idem.

95 Ibidem, p. 11 e 12.

96 HUGUENEY, Louis apud ROSENVALD, Nelson, idem.

Neste capítulo, então, buscou-se abordar os pressupostos para a aplicação desse instituto em seus países de origem, mais especificamente nos Estados Unidos, bem como o conceito de *punitive damages*. Além disso, enriquecer o estudo, buscou-se também relatar brevemente acerca do histórico desse instituto e como ele vem sendo aplicado, com base em alguns casos concretos.

2.1 O que são?

Segundo Nelson Rosenthal, “os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária.”⁹⁷ O pleiteante dessa “indenização” precisa provar essas condicionantes no curso da instrução processual. Destarte, o próprio autor pondera a tradução literal desse instituto por vez que a função punitiva não se coaduna com a reparabilidade da indenização. Nas palavras do autor, “a literalidade da tradução, danos punitivos, não triunfa. Afinal, a reparação dos danos não pune, somente compensa. Assumiremos como tradução adequada aos *punitive damages* a expressão condenação punitiva.”⁹⁸

É que nos países da *common law* o termo “*damages*”, no âmbito jurídico, não faz referência ao significado do seu falso cognato brasileiro. “*Damages*” caracteriza as “consequências pecuniárias decorrentes do cometimento de um ato ilícito (*tort*).”⁹⁹ O termo “*damages*” estaria mais próximo da ideia que fazemos de indenização. Nesse sentido, poder-se-ia traduzir a expressão “*punitive damages*” como indenização punitiva, de acordo com o que explica Pedro Ricardo e Serpa, em que pese isso poder gerar uma atmosfera de contradição, ao passo em que o termo “indenização”, de acordo com seu conceito dado pela responsabilidade civil brasileira, comporta apenas a ideia de compensação, o que seria o primórdio da responsabilidade civil.¹⁰⁰ Portanto, conclui-se que o melhor representante da

97 ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 143.

98 Ibidem, p. 141.

99 GARNER, B. A. apud SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 04.07.2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo:2011. p. 24.

100 SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 04.07.2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo:2011. p. 20 e 21.

ideia de *punitive damages* seriam os termos acima cunhados, respectivamente por Rosenvald e Pedro Ricardo e Serpa.

De acordo com o conceito cunhado por Rosenvald, não se confunde a condenação punitiva com o caráter compensatório da indenização. Este caráter encontra instituto próprio, apartado dos *punitive damages*, no sistema da *common law*. São os chamados *compensatory damages*, que “destinam-se a compensar o ofendido pelos prejuízos suportados, devendo-se consubstanciar numa quantia em pecúnia suficiente para restituí-lo ao *status quo ante*. Trata-se, portanto, de conceito muito próximo ao que temos de indenização compensatória, nos moldes em que prevista no art. 944, CC/2002.”¹⁰¹

A ideia de *compensatory damages* no direito brasileiro já bastaria, *a priori*, para esgotar o sistema de responsabilidade civil tal como hoje é defendido, baseado no princípio da reparação integral e ideia de enriquecimento sem causa. Mas esses temas abordaremos mais adiante, no próximo capítulo.

Ao contrário, a condenação punitiva, dada a sua aplicação na origem, visa sancionar o autor do ato ilícito tendo em vista a maneira como esse ato foi praticado (se altamente reprovável, como atos de abuso de direito, má-fé, e outros nesse sentido) e, portanto, se separa com clareza da indenização compensatória, tal qual como prevista no art. 944 do Código Civil de 2002. O objetivo dessa condenação é o desestímulo do autor do fato danoso a voltar a praticá-lo.¹⁰² Nas palavras de D. G. Owen, “[p]unitive ou exemplar damages são impostos em adição aos *compensatory damages* para punir o demandado pelo cometimento de um ato grave ou abusivo, bem como para prevenir que o demandado e outros venham a cometer condutas semelhantes no futuro”¹⁰³

Na doutrina brasileira, como bem assenta Cavalieri, “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois

101 Ibidem, p. 24.

102 Ibidem, p. 25.

103 OWEN, D. G. apud SERPA, Pedro Ricardo e, idem.

objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*).”¹⁰⁴

Acerca de sua imposição e quantificação, nos Estados Unidos e Inglaterra, os *danos punitivos* são balizados por um corpo de jurados¹⁰⁵, diferentemente do que ocorre com qualquer ação civil no sistema de direito brasileiro. Isso é, inclusive, apontado como uma das teorias para o surgimento dessas condenações de maior soma, tendo em vista a familiaridade do júri popular com o caso concreto, o que “inibia as cortes de proceder à revisão do montante indenizatório fixado”.¹⁰⁶

Nas palavras de Pedro Ricardo e Serpa, pode-se conceituar os *punitive damages* objetivamente, sem a redução do seu real sentido, da seguinte maneira:

“quantia pecuniária, geralmente imposta por um corpo de jurados, como forma de sanção a um ato ilícito altamente reprovável, cuja função é a de punir o ofensor e de prevenir o cometimento de novos ilícitos futuros, e que, por fim, deve ser imposta ao ofensor em adendo e **independentemente de eventual indenização compensatória a que possa fazer jus o ofendido.**”¹⁰⁷ (grifou-se)

André Gustavo Corrêa de Andrade traça um conceito que reúne elementos mais específicos da responsabilidade civil, que inclusive estão presentes no sistema brasileiro, e seria o seguinte: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com **culpa consciente, malícia ou dolo.**”¹⁰⁸ (grifou-se)

2.2 Raízes históricas e precedentes da indenização punitiva

104 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 126.

105 ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2003. p. 131 e 149.

106 Ibidem, p. 131.

107 SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit. loc. cit.

108 GARNER, B. A. apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, op. cit., p. 136.

Tendo em vista a função retributiva acima abordada, pode-se falar que os *punitive damages* estão enraizados na história há pelo menos quatro milênios. Isso porque teriam se originado de normas que impunham aos agentes praticantes de ilícitos danosos uma sanção pecuniária equivalente a um múltiplo do montante referente ao dano, o que extrapola a função compensatória da indenização, sobre a qual se fundou o sistema de responsabilidade civil da tradição romano-germânica.¹⁰⁹

Há quatro milênios, então, no Código de Hamurabi, já se podia notar previsões normativas com o caráter punitivo da sanção para o cometimento de atos ilícitos, bem como em 200 AC no Código de Manu e também no Direito Romano, com a Lei das XII Tábuas.¹¹⁰

A título de curiosidade, até no Antigo Testamento, mais especificamente no livro do Êxodo, 22:1, é possível depreender uma espécie de sanção punitiva para um ato ilícito que estaria, hoje, dentro da órbita do direito privado, tal como se lê na seguinte passagem: “Se alguém roubar um boi ou uma ovelha e o tiver carneado ou vendido, dará cinco bois como indenização pelo boi e quatro ovelhas pela ovelha [Deus, após a celebração do pacto com o povo de Israel, cunhado como a Aliança, dispõe sobre as sanções a casos relativos a furto e danos materiais]”.¹¹¹

Em relação ao Direito Romano, a Lei das XII Tábuas já fazia a previsão de indenização em múltiplos relativos ao dano suportado pela vítima.¹¹² A essa época, em Roma, havia duas espécies de delitos: o delito privado e o delito público. O delito privado estava em oposição conceitual ao público justamente por se referir às violações ao patrimônio de um indivíduo ou à ofensa ao próprio indivíduo, sendo o autor de tais atos ilícitos sancionado, normalmente, com a obrigação de pagamento de uma quantia que equivalia a um múltiplo do dano causado à vítima (até o quádruplo do valor do prejuízo suportado)¹¹³.

109 BELL, G. B.; PEARCE, P. E. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *ibidem*, p. 26.

110 BELLI, Sr. M. M. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *idem*.

111 A BÍBLIA sagrada: tradução da CNBB. 14ª ed., São Paulo: Canção Nova; Brasília: CNBB. p. 92.

112 UILAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 28.

113 LOURENÇO, P. M. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *ibidem*, p. 27.

Já no que toca a raiz anglo-saxã da indenização punitiva, no período anterior à invasão do povo da Normandia¹¹⁴, não havia um caráter de distinção entre as sanções, se aplicadas aos fatos constitutivos de crime ou de ilícito civil, justamente por não existir também diferenciação entre o ilícito civil e criminal, sendo a sanção sempre consubstanciada em pagamento pecuniário.¹¹⁵ Ou seja, essas sanções comportavam as funções compensatória e punitiva ao mesmo tempo, tendo em vista que objetivavam sempre a reparação do lesado, promovendo o retorno do seu patrimônio ao *status quo ante*, como também visavam a retribuição do mal impingido à vítima para o próprio autor do fato danoso.¹¹⁶

Após a chegada dos normandos, viveu-se na Inglaterra o sistema dos *amercements*, que apenas se diferenciava do sistema anterior por esta razão: a pecúnia paga a título de sanção, seja por ato ilícito criminal ou civil, era revertida para o monarca e não para a vítima do dano, e a fixação da quantia se dava de acordo com o que a corte achasse adequado e proporcional à gravidade do ato praticado.¹¹⁷

Há quem diga que o modelo romano de indenização em múltiplos serviu “de modelo aos legisladores da época de Eduardo I [rei da Inglaterra] para atribuir, à parte prejudicada por ato de terceiro, o dobro ou o triplo dos danos por ela sofridos”¹¹⁸. Sob o governo de Eduardo I, no século XIII, a Inglaterra, então, germinava a incorporação pela responsabilidade civil da função punitiva da indenização, com a edição de diversas normas que previam o pagamento de montantes maiores do que o dano efetivamente sofrido pela vítima, e esses montantes chegavam até o quádruplo do prejuízo suportado pelo indivíduo lesado.¹¹⁹

114 SERPA, Pedro Ricardo e. Op cit., p. 28.

115 ZITZER, K. M. apud SERPA, Pedro Ricardo e, idem.

116 Idem.

117 MASSEY, C. R. apud SERPA, Pedro Ricardo e, op. cit., p. 29.

118 UILAN, Eduardo. Op. cit., p.30.

119 MASSEY, C. R. apud SERPA, Pedro Ricardo e, op. cit., p. 28.

O sistema de *amercements* perdurou até o século XVIII, devido à distinção que já se fazia entre o Direito Civil e o Direito Penal. Dessa maneira, surgiam os *punitive damages* para incorporar novamente na sanção civil a função punitiva, como esclarece Serpa, nas seguintes palavras:

“o uso de *amercements* no âmbito criminal foi substituído pela imposição de “*multas*” (“*finés*”, sanções pecuniárias de função punitiva), e, no âmbito civil, pela imposição de indenização compensatória (“*compensatory damages*”, os quais substituíram o viés compensatório das *amercements*, mas não seu aspecto punitivo).

Sustenta a doutrina, então, que com o declínio das *amercements*, os *punitive damages* teriam surgido justamente para reintroduzir, na responsabilidade civil, a função punitiva originalmente exercida pelas sanções pecuniárias do direito saxônico e pelas *amercements*, função esta posteriormente relegada a segundo plano após o desenvolvimento dos *compensatory damages*.”¹²⁰

Em que pese o acervo da História conter essas previsões normativas tão remotas, a evidenciar a utilização da função punitiva tanto para fatos hodiernamente reputados como crime como para ilícitos civis, que extrapolava o caráter meramente compensatório da indenização (trazendo uma verdadeira ideia de punição de acordo com a conduta praticada pelo autor do fato danoso), Serpa evidencia que apenas no fim do século XVIII é que foram cunhados os primeiros precedentes da condenação punitiva, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos (influenciados pelas decisões inglesas).¹²¹

Segundo Gallo (1996, p. 47, apud SERPA, 2011, p. 31), a “Casa dos Lordes” inglesa (“*House of Lords*”), com os julgamentos de *Huckle vs. Money* e *Wilkes vs Wood*, incorporou em sem rol de precedentes a aplicação do caráter punitivo sancionatório a ilícitos civis. Em razão da fidedignidade, transcreve-se abaixo o mérito do primeiro caso, tal como Serpa o descreveu.

“Tratou-se, no primeiro caso, de demanda indenizatória ajuizada por um tipógrafo viajante em face de um mensageiro do Rei, o qual teria, sem base legal alguma, invadido sua residência e lhe mantido encarcerado durante seis horas, sob suspeita de responsabilidade pela impressão do periódico denominado “*North Briton, n.º 45*”, artigos de cunho subversivo. Nas instâncias ordinárias, o corpo de jurados reconheceu a responsabilidade do demandado pelo cometimento dos *torts* de

120 SERPA, Pedro Ricardo e, op. cit. p. 30.

121 Ibidem, p. 31.

trespass, assault, e false imprisonment, condenando-o ao pagamento de quantia correspondente a 300 libras, valor esse tido como muito excedente àquele necessário para compensar os prejuízos do demandante que, segundo assentado, teria sido tratado, no curto período em que permaneceu sob custódia, de maneira absolutamente civilizada.

(...) o demandado recorreu à House of Lords para pleitear um “*novo julgamento*” (“*new trial*”), sob o fundamento de que, em precedentes anteriores (...), a Corte havia dado provimento a recursos nos quais se havia alegado a excessividade das indenizações impostas nas instâncias inferiores.

Ao apreciar o caso, e mesmo diante do fato de que os prejuízos efetivamente suportados pela vítima montavam em importe muito inferior do que a indenização concedida pelas instâncias ordinárias, **a House of Lords houve por bem manter a condenação ao pagamento do que denominou “*exemplary damages*”**. Após tecer severos comentários sobre a gravidade das condutas perpetradas, o Lord Chief of Justice afirmou, na oportunidade, que “*invadir uma residência com fulcro em um mandado inválido, com o objetivo de buscar provas, é pior do que a Inquisição Espanhola; Direito sob o qual nenhum homem inglês gostaria de viver nem mesmo por uma hora; representou uma absurda violação às liberdades do cidadão.*”¹²² (grifou-se)

Em relação ao segundo caso, nas palavras de Serpa:

“(...) a residência do Sr. *John Wilkes*, um conhecido editor de jornais, foi injustamente invadida por um Secretário de Estado que, acompanhado de outros funcionários públicos, arrombou-lhe a porta e confiscou, sem um mandado judicial apropriado (“*search warrant*”), uma série de papéis que se encontravam no local. Em razão do cometimento do *tort* de *trespass*, o Sr. *Wilkes* propôs demanda indenizatória na qual pleiteou o recebimento de indenização equivalente a 5000 libras.

Diante dos fatos concernentes ao caso, a House of Lords referendou a condenação ao pagamento de indenização no importe de expressivas 1000 libras. Entendeu-se que, em razão da gravidade das condutas levadas a efeito, a indenização (denominada, então, de “*aggravated damages*”) poderia exceder os limites impostos pelo prejuízo efetivamente suportado. Na oportunidade, o Lord Chief of Justice afirmou que “***o júri tem o poder de impor indenizações que excedam o prejuízo suportado. A indenização se destina não apenas a compensar o lesado, mas também a punir o culpado, a desestimular condutas semelhantes no futuro, e a demonstrar a desaprovação do júri quanto ao ilícito cometido***”.¹²³ (grifou-se)

Nos Estados Unidos, em data posterior ao julgamento dos casos acima relatados, A Suprema Corte americana (“*Supreme Court*”) foram julgados os casos *Genay v. Norris* e *Coryell v. Colbaugh*.

122 Ibidem, p. 31 e 32.

123 Ibidem, p. 32 e 33.

“No primeiro caso, a Supreme Court do Estado de South Carolina concedeu uma quantia de grandes proporções, à qual denominou de “*indenização vingativa*” (“*vindictive damages*”), à vítima de um médico que, intencionalmente, a havia envenenado. No caso, em razão de um desentendimento anterior, demandante e demandado se preparavam para resolver suas disputas por meio de um duelo de pistolas quando o médico propôs um brinde reconciliatório. Imbuído de má-fé, o médico introduziu veneno na bebida de seu oponente, causando-lhe dores excruciantes.

Em razão da gravidade das condutas levadas a efeito pelo demandado (o qual se conduziu de maneira intencional, com o único propósito de ver sua vítima sofrer), a Corte instruiu os jurados de que “*os seríssimos prejuízos suportados pelo demandante [...] lhe autorizavam a receber uma indenização muito exemplar*” (“*very exemplar damages*”), *especialmente de um médico profissional, que não poderia alegar desconhecimento do funcionamento e dos potentes efeitos do veneno*” utilizado.”¹²⁴

Em relação ao segundo caso, nas palavras de Serpa:

“a Corte de Apelação do Estado de New Jersey julgou uma ação indenizatória ajuizada em face de determinado cavalheiro que rompeu a promessa de casamento ofertada a dama da sociedade norte-americana após tê-la previamente engravidado.

Nesse caso, “*a corte instruiu o júri de que eles não deveriam quantificar a indenização com o fim de compensar um prejuízo efetivamente suportado, mas, sim, quantificar uma indenização ‘que servisse de exemplo’.* O propósito dos *punitive damages* neste caso foi o de punir o ofensor e prevenir que condutas similares fossem cometidas no futuro”¹²⁵.

Dos casos acima apresentados, percebe-se que na realidade inglesa os danos punitivos vieram em proteção à liberdades do cidadão em face ao Estado, tendo em vista ter sido utilizado em casos de violação de liberdade individual por funcionários públicos, ou seja, verdadeira proteção, talvez, em decorrência do *rule of law*, sobre o qual já se falou na presente monografia.¹²⁶ Já nos casos norte-americanos, “os *punitive damages* atuaram como punição a condutas “*propositais*” (“*willfull*”) ou “*injustificadas*” (“*wanton*”) que causaram prejuízos que extrapolavam o âmbito material”¹²⁷.

124 Ibidem, p. 33 e 34.

125 Ibidem, p. 34.

126 LOURENÇO, P. M., apud SERPA, Pedro Ricardo e, ibidem, p. 33.

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

2.3 Pressupostos de aplicação

Como qualquer outro instituto do ramo jurídico, a indenização punitiva não se aplica *per se* a qualquer caso, nem se for feita uma restrição dessa aplicação aos casos atinentes à responsabilidade civil. Nesse sentido, há que se falar das características necessárias a ser apresentadas por um fato para que, de uma análise posterior, se depreenda a possibilidade de aplicação da condenação punitiva. São os pressupostos de aplicação, divididos em objetivos e subjetivos, dos quais trataremos nos próximos parágrafos.

2.3.1 Objetivo

No tocante ao critério objetivo, os *punitive damages* só podem ser aplicados nos casos enquadrados no chamado *tort*. Esse termo encontra um conceito correlato no nosso sistema de responsabilidade civil, o ilícito extracontratual¹²⁸. Seriam os casos em que se analisa a imputação de determinado fato de acordo com a responsabilidade aquiliana desenvolvida no sistema romano-germânico, prevista também em nosso Direito Civil. Isso se dá devido à oposição existente na *common law* entre *tort* e *breaching of contract* (“quebra de contrato”)¹²⁹.

Conforme destaca a doutrina, pode parecer que a indenização punitiva incide em casos de inadimplemento contratual, em caráter excepcional. Conforme destacou Serpa, essa ideia decorre do julgamento de *Welborn v. Dixon*, no qual a South Carolina Court of Appeals (“Corte de Apelações da Carolina do Sul”) admitiu a aplicação da condenação punitiva nos casos de *breaching of contract* desde que o ato de inadimplemento fosse acompanhado de: (i) um ato fraudulento; ou (ii) ato intencional abusivo que se caracterizaria em apartado como um ilícito extracontratual; ou (iii) ato de negligência grosseira.¹³⁰

128 UILAN, Eduardo. Op. cit., p. 26.

129 DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. apud SERPA, Pedro Ricardo e, op. cit. p. 56.

130 SIMPSON, L. P. apud SERPA, Pedro Ricardo e., *ibidem*, p. 57.

Dessa maneira, as cortes americanas passaram a aplicar os *punitive damages* em casos comumente tidos como de inadimplemento contratual, sendo os mais comuns, segundo Sr. Melvin Belli (1980, apud Serpa, 2011) os seguintes: (i) rompimento de noivado (“*breach of promise to marry*”), desde que ocorra a “sedução da dama por meio de uma promessa de **casamento fraudulenta**”¹³¹ (grifou-se); (ii) interrupção da prestação de serviço público sem justificativa por parte de determinado concessionário público, **o que constitui não só um inadimplemento contratual, mas também uma violação ao *legal duty* (“*dever legal*”)** (grifou-se)¹³²; e, por último, (iii) a quebra contratual que também caracterize uma violação de um *dever fiduciário* (“*fiduciary duty*”), como “**a negativa, de má-fé, de pagamento da indenização devida ao segurado** (“*bad faith denial*” em contratos de seguro) (grifou-se).¹³³

Tendo em vista os exemplos acima citados, mister se faz notar, principalmente da ideia que se ressalta nos trechos grifados, que em qualquer desses casos há uma violação para além do inadimplemento contratual. Em qualquer um dos casos, mesmo em que não houvesse uma relação contratual preestabelecida, poder-se-ia aplicar a indenização punitiva. É que o elemento utilizado para a aplicação da condenação punitiva nesses casos nada mais é que o ilícito extracontratual (o *tort*), pressuposto objetivo de aplicação do instituto em comento, e que, por si só, possibilita qualquer corte americana de impingir-lo ao demandado.¹³⁴

2.3.2 Subjetivos

Conforme o salientado em pontos anteriores, a função punitiva da indenização não visa apenas a reparabilidade da realidade jurídica de certo indivíduo com o seu retorno ao *status quo ante*, mas sim a promoção de verdadeira dissuasão, coibir práticas futuras tão reprováveis quanto aquela pela qual uma pessoa já foi sancionada (é a ideia de alta reprovabilidade,

131 SERPA, Pedro Ricardo e., Op. cit., p. 58.

132 Idem.

133 Idem.

134 OWEN, D. G. apud SERPA, Pedro Ricardo e. Idem.

gravidade do dano, má-fé, etc.). Tanto o é que nos julgados acima apresentados, viu-se determinada corte denominando o instituto como *exemplary damages*.

Nesse esteio, tem-se que salientar alguns pressupostos subjetivos para a aplicação da condenação punitiva em sua origem. São elementos essenciais sem os quais não há que se falar em sanção punitiva, em que pese o clássico e forte federalismo americano promover disparidades legislativas em território nacional.

Serpa aduz que em todo caso de cometimento de ato ilícito, para a aplicação dos *punitive damages* o autor do fato danoso deve ter agido com o chamado “*estado de espírito*” (“*state of mind*”)¹³⁵, o que equivale à ideia de culpabilidade traçada pela doutrina de responsabilidade civil da *civil law*, com toda a ressalva de qualquer comparação que se faça entre institutos oriundos de países diferentes, ainda mais oriundos de tradições jurídicas diferentes, do qual trata o presente caso.

Ocorre que, tal como se trata em nosso sistema, na *common law* há também diferentes espécies de *state of mind*, havendo também diferentes gradações de reprovabilidade para cada um deles, que são, na ordem crescente de reprovabilidade: a “*negligência*” (“*negligence*”); a “*intenção*” (“*intente*”) ou “*temeridade*” (“*recklessness*”); e, por último, a “*malícia*” (“*malice*”).¹³⁶

No que toca a *negligência*, segundo Serpa, esta estaria para o nosso instituto simples da culpa.¹³⁷ Ou seja, o agente realiza conduta causadora de resultado danoso, porém, sem a intenção ou assunção de risco para a sua produção¹³⁸, tendo em vista a ideia de imputabilidade estudada no primeiro capítulo deste trabalho.

135 BELLI, Sr. M. M. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *ibidem*, p. 62.

136 DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *idem*.

137 SERPA, Pedro Ricardo e. *Op. cit.*, p. 63.

138 DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *ibidem*, p. 64.

A ideia de *temeridade* traz a situação em que “o autor [do fato danoso] prevê, mas não deseja, o resultado causado, que não é por ele considerado como inevitável”¹³⁹. No caso de alguma comparação com os institutos próprios de nosso sistema de responsabilidade civil, seria semelhante à nossa culpa consciente e até mesmo ao dolo eventual.¹⁴⁰ É que tanto serve para o caso em que o agente acredita verdadeiramente que não irá produzir o dano (culpa consciente, porque ele prevê a possibilidade de ocorrência do fato danoso mas a reputa como remota), como para o caso em que o autor assume o risco de causar a lesão, mesmo não sendo a sua conduta finalisticamente dirigida para isso (dolo eventual).

Não obstante ser o *state of mind* um pressuposto de aplicação da condenação punitiva, há casos de incidência dos *punitive damages* sem que a vítima tenha que provar a culpa do ofensor. Então, não se estaria diante de uma incompatibilidade entre esse instituto da *common law* e a evolução do sistema de responsabilidade romano-germânico para os casos de responsabilização objetiva.

De acordo com Serpa, poder-se-ia ressaltar pelo menos dois exemplos de condenação punitiva impingida sem que a vítima tenha que comprovar a culpa. A primeira se consubstancia na responsabilidade por fato do produto, em que o produtor haja com “*flagrante indiferença pelos mais altos valores defendidos pelo Direito, como a vida e a integridade física da pessoa humana*”¹⁴¹; a segunda é a responsabilização do empregador por atos de seus contratados ou empregados, hipótese em que alguns estados exigem a comprovação de que o responsável pelo contratado ou empregado tenha participado de alguma forma do ato ilícito (tendo ratificado a atitude do contratado ou empregado em algum momento ou o autorizado à prática, ou mesmo tendo contratado um indivíduo que não apresentasse adequação para a realização das respectivas funções).¹⁴²

139 DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. apud SERPA, Pedro Ricardo e, *ibidem*, p. 63.

140 SERPA, Pedro Ricardo e. *Op. cit.*, loc. cit.

141 BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e apreensão de danos futuros**. 15.05.2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 59.

142 SERPA, Pedro Ricardo e. *Op. cit.*, p. 64 e 65.

2.3.3 Comparação com o dano moral

Conforme o já salientado neste trabalho, os *punitive damages* exercem, ao mesmo tempo, duas funções no sistema de responsabilidade civil da *common law*, sendo essas a função compensatória e retributiva (punitiva), além de outras, sobre as quais o ponto seguinte discorrerá.

Além disso, conforme explica Eduardo Uilan, diferentemente do sistema monista geralmente adotado na *civil law*, em que há uma cláusula geral de responsabilidade civil (por exemplo, no nosso Código Civil de 2002, em que há os artigos 188 e 927, compondo juntos verdadeira cláusula geral, conforme transcrição feita no primeiro capítulo deste trabalho), o sistema de responsabilidade civil da tradição anglo-saxã adota o sistema pluralista, ou seja, para cada tipo de dano sofrido, haverá um remédio específico de reparação.¹⁴³

Além disso, na doutrina americana há o que se chama de *torts actionable per se* (“*dedutíveis per se*”), que se consubstanciam em atos ilícitos que não necessariamente geram efetivo prejuízo para a vítima, mas são indenizáveis à medida que o prejuízo se caracteriza pela própria transgressão ao ordenamento jurídico.¹⁴⁴

A essa espécie de *tort* a condenação punitiva se aplicaria isoladamente, mesmo sem que o autor tenha reconhecido um direito a *compensatory damages*, ou até mesmo o alegado.¹⁴⁵ Nesse sentido, nas palavras de Serpa:

“pode-se dizer que a pretensão à condenção ao pagamento de *punitive damages* não depende da ocorrência, alegação ou comprovação de efetivo prejuízo. Depende, contudo e no mínimo, da ocorrência de um *tort* que dê ensejo, independentemente da ocorrência do prejuízo, a uma pretensão condenatória bem sucedida.”¹⁴⁶

143 UILAN, Eduardo. Op. cit., p. 26.

144 DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. apud SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 60.

145 Idem.

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

Tendo em vista tais características, conclui-se que a condenação punitiva oriunda da *common law* apresenta diferenças e semelhanças com a nossa indenização por dano moral.

Quanto à semelhança, pode-se dizer que não é preciso sequer alegar a existência de efetivo decréscimo de patrimônio por parte da vítima em decorrência do ilícito cometido pelo autor do fato danoso. Ambas são indenizações que se aplicam independentemente da existência do dano material (no nosso Direito Civil) ou do prejuízo a ensejar o *compensatory damages* (no sistema de responsabilidade anglo-saxão).

Em relação à diferença, não se pode dizer que os *punitive damages* se aplicam a qualquer violação dos atributos da pessoa humana, tal qual positivados como direitos da personalidade em nosso ordenamento jurídico.

Como se expôs brevemente acima, os sistemas de responsabilidade civil das tradições romano-germânica e anglo-saxã adotam sistema de cláusulas de responsabilidade civil diferentes, sendo o primeiro adotante do sistema monista, da cláusula geral de responsabilidade, e o segundo adotante do sistema pluralista, em que para cada espécie de prejuízo sofrido haverá uma indenização correspondente.

Nesse sentido, caso o instituto da condenação punitiva fosse incorporado no nosso ordenamento, tal como ele é no sistema da *common law* americana, sem adaptações, poder-se-ia condenar o autor do ilícito pelo dano material causado à vítima, bem como obrigá-lo a pagar quantia indenizatória a título dissuasivo (*punitive damages*), sem que o demandante da ação tenha requerido indenização por danos morais.

2.4 Critérios de quantificação da indenização punitiva

De acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade, pode-se dizer que, atualmente, a condenação punitiva nos Estados Unidos encontra critérios para sua mensuração. Ou seja, estando o valor da condenação em desacordo com esses critérios, pode uma corte americana reduzir o montante indenizatório.

Seriam esses critérios o seguintes: (i) em relação à conduta do autor do fato danoso, o grau de sua reprovabilidade; (ii) grande diferença entre a condenação punitiva e o dano material efetivamente sofrido ou potencial; e (iii) desproporção entre o montante indenizatório e as penalidades civis previamente autorizadas ou impingidas em casos semelhantes.¹⁴⁷

Porém, no tocante ao montante indenizatório da condenação punitiva, por muito tempo ficaram os réus sujeitos apenas à soberania do corpo de jurados. É que somente no julgamento do caso *BMW of North America Inc. v. Gore* que surgiu critérios explícitos da quantificação.¹⁴⁸ Vale a pena conferir o histórico do caso, de acordo com o que descreve Andrade:

“No ano de 1990, após comprar um automóvel BMW *sports sedan* novo de uma revendedora autorizada, pelo preço de US\$40,750.88, o autor, Ira Gore, depois de dirigir o veículo por aproximadamente nove meses, levou-o para um polimento. Descobriu, então que o carro havia sido repintado. Convencido de que fora enganado, Gore ajuizou ação, **alegando fraude**, em face da BMW of North America, a distribuidora americana dos automóveis BMW.

A ré, durante o julgamento, admitiu que havia adotado uma política nacional em 1983 acerca de automóveis novos danificados durante a fabricação ou o transporte: se o custo do reparo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como usado; se, todavia, o reparo não excedesse 3%, o carro era vendido como novo, sem advertir o revendedor que algum reparo fora feito. Sustentando que o custo de repintura do veículo do autor encontrava-se em torno de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar ao revendedor o reparo que havia sido realizado.

O autor, em virtude do testemunho de um revendedor autorizado da BMW, ficou sabendo que o valor de um BMW repintado era aproximadamente 10% menor do que o valor de um carro novo. Além disso, comprovou que, desde 1983, a ré havia vendido como novos 983 veículos repintados, incluindo 14 no Alabama, sem revelar o fato aos revendedores. Tomando como base o valor de US\$4,000 por veículo, o autor argumentou que uma *indenização punitiva* de US4 milhões constituiria penalidade apropriada pela venda de aproximadamente 1.000 veículos.

Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US\$4,000 e *punitive damages* de US\$4 milhões, por considerar que a política de não revelação de danos nos veículos configurou conduta maliciosa ou fraudulenta.”¹⁴⁹ (grifou-se)

Após, o valor da condenação foi revisto pela Suprema Corte do Alabama, que o reduziu a US2 milhões, tendo sido o recurso posteriormente levado a julgamento na Suprema Corte Americana, que, ainda com a redução pela corte daquele estado, declarou ser US2 milhões

¹⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 153.

¹⁴⁸ Ibidem., p. 151.

¹⁴⁹ Ibidem., p. 151 e 152.

quantia desproporcional para o caso concreto, devolvendo os autos para a Suprema Corte do Alabama para que essa fizesse nova análise de acordo com os critérios de balizamento da indenização punitiva (acima mencionados).¹⁵⁰

2.5 Outras funções exercidas pelos *punitive damages*

Na doutrina americana, pode-se destacar, além das funções compensatória e retributiva, já abordadas anteriormente, as funções de *public justice* (“*justiça pública*”), a *deterrence* (“*preventiva*”) a educativa e a vingativa.

Da função de justiça pública, cabe ressaltar, de acordo com Uilan, que o montante indenizatório é essencial para promover um verdadeiro incentivo ao indivíduo lesado a recorrer ao Judiciário, tendo em vista que o ilícito civil, muitas das vezes, abrange não só um indivíduo, mas toda a sociedade, tal como ocorre, por exemplo, com a comercialização de um bem que apresente risco à integridade física de uma pessoa sem que o fornecedor ou distribuidor cientes do risco divulgue-o para a comunidade.¹⁵¹

Nesse sentido, ainda que os *punitive damages* incidam apenas em casos de ilícitos civis, e, portanto, tendo em vista a dicotomia já mencionada entre público e privado se encaixe dentro deste último, esse exerce verdadeiro controle da ordem pública, da ordem jurídica, porque sancionam o indivíduo que não age de acordo com o “dever ser”, ou seja, coíbe o indivíduo a se conduzir de acordo com a ordem jurídica.¹⁵²

Acerca da função preventiva, nas palavras de Serpa:

“a ideia principal por traz de tal função é a de que, ao desestimular o cometimento de novos ilícitos (e, em especial, de ilícitos particularmente reprováveis, caracterizados por condutas intencionais ou grosseiramente negligentes), os *punitive damages* agem de modo a estimular o respeito à Lei e a promover o bem estar social.”¹⁵³

¹⁵⁰ Ibidem, p. 152.

¹⁵¹ UILAN, Eduardo. Op. cit., p. 54.

¹⁵² SERPA, Pedro Ricardo e., Op. cit. p. 39.

¹⁵³ Ibidem, p. 42.

É o que se vê aqui chamado como “valor do desestímulo”¹⁵⁴. A sanção pecuniária expressiva é capaz de prevenir a ocorrência de novos atos ilícitos (aqueles altamente reprováveis, que se dão por malícia, má-fé, negligência escabrosa, etc.) justamente por fazer o demandante pensar algumas vezes antes de agir ou de elaborar e fomentar uma política violadora de direitos.

De acordo com Serpa, para o correto funcionamento dessa função, a condenação punitiva deve:

“incidir nas hipóteses em que, ao menos aparentemente, os custos para evitar o prejuízo seriam superiores àqueles necessários para recompor o patrimônio do lesado e, em especial, **naquelas hipóteses em que, do cometimento do ilícito (e da imposição do prejuízo) o ofensor poderia vir a extrair lucros, valor este que o estimularia a agir em desconformidade com a Lei.**”¹⁵⁵ (grifou-se)

Em relação à função educativa, pode-se dizer que ela contém dois aspectos. O primeiro seria o de evidenciar a relação conduta-sanção, e, neste ponto, pode-se até remeter ao ensinado por Kelsen e já mencionado aqui (o Direito é uma ciência do dever ser e não do ser; ele prescreve condutas e, caso essas prescrições não sejam observadas, sancionará o agente em desrespeito para com as normas; por isso a expressão “dever ser”); em relação ao segundo aspecto, tem-se a impressão de ser intimamente ligado ao primeiro, pois, através deste, evidencia como o Direito protege determinado rol de direitos, fazendo com o que o indivíduo adquira essa informação e processe no conhecimento já esperado pela prescrição normativa.¹⁵⁶

Nesse sentido, uma prescrição indenizatória de maior monta norteia a gradação de proteção dos direitos no sentido de passar a mensagem acerca de qual padrão de conduta determinada sociedade deve seguir, o que, de certa forma, se coaduna com as outras duas funções sobre as quais já se discorreu aqui: as funções punitiva e preventiva.

154 JOÃO, Mayana Barros Jorge. **Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo: análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550> Acesso em: 21 nov. 2016.

155 SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 45.

156 OWEN, D. G. apud SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 49.

Por último, há que se tecer algum comentário sobre a função vingativa, sobre a qual já se falou em citação no início deste capítulo (função presente no Código de Hamurabi e Manui).

Pode-se dizer que a função vingativa vem para pôr fim, ou atenuar, um sentimento natural de vingança provado por um ato ilícito, o que conseqüentemente traria uma paz social. Segundo Serpa, essa função, que está intimamente ligada à função retributiva (punitiva), desempenha um papel importante que é o de “apaziguar um natural (e em tudo indesejável) sentimento de vingança por parte do ofendido; promovendo, nesse sentido, a busca pelo Poder Judiciário, que servirá como órgão para a heterocomposição dos conflitos, em detrimento do exercício arbitrário das próprias razões”.¹⁵⁷

Por fim, é de se ressaltar que as funções aqui descritas estão sempre conectadas com uma das funções principais da indenização punitiva, que são a compensatória e a retributiva, sem que uma anule a outra.

É que na maioria das vezes as funções aqui destacadas complementam a efetividade das funções principais e lhes dão maior base para a manutenção dessa espécie de indenização prevista no direito privado da tradição anglo-saxã, um sistema da “*lei comum*”, da lei da comunidade, que nasce do direito consuetudinário e permanece até o presente, baseado no sistema de precedentes, no *stare decisis*.

157 SERPA, Pedro Ricardo e., Op. cit., p. 51.

3 A ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ainda que já se tenha mostrado a naturalidade com que se dá as relações entre os agentes econômicos e a sociedade, bem como entre os representantes do Estado, com atributos de posse do monopólio da violência, e os indivíduos, por meio de julgamentos trazidos diretamente de onde se aplica a indenização punitiva, antes de adentrar na análise de admissibilidade da importação do instituto alienígena, faz-se mister evidenciar essas relações de agentes econômicos e sociedade, Estado e indivíduo, para que se enalteça a necessidade dessa admissão.

3.1 O porquê da adoção da condenação punitiva

Preliminarmente, é de se ressaltar que a busca pelo lucro não necessariamente perfaz índice negativo numa escala da moral, como alguns podem representar. As maravilhas tecnológicas que tão fazem da vida melhor se concretizaram por meio do lucro.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, um dos elementos constitutivos da empresa – no sentido técnico, de atividade – é a organização econômica, ou seja, gerar lucro para quem explora a atividade. Este, em verdade, de acordo com o próprio autor, é o fim da atividade empresária.¹⁵⁸ É natural, portanto, que a atividade empresarial busque o lucro acima de tudo e de todos.

Como o já ressaltado anteriormente, com o crescente desenvolvimento do homem, inúmeras inovações tecnológicas surgiram para destruir as barreiras da sociedade. Essas inovações, principalmente no que toca às tecnologias de comunicação, possibilitaram a extinção da distância que impedia o convívio de inúmeras nações espalhadas pelo globo terrestre. Ficamos, então, dentro da realidade virtual, tão perto que a troca de informações é

¹⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 34.

intensificada gigantescamente a cada minuto, o que continua a contribuir para o desenvolvimento da nossa comunidade global.

A esse fenômeno se dá o nome de globalização, que, de acordo com Napoleão Miranda, cria entre as nações uma interdependência econômica, concretizada no fluxo de pessoas, de capital, de comércio, de conhecimento e de tecnologia.¹⁵⁹

Assim, tendo em vista que a atividade empresária atua como protagonista do nosso sistema social, cumpre enviar a escrita para o sentido de que cabe ao Direito, no âmbito dos três poderes validados pelo princípio republicano, tutelar os direitos subjetivos das vítimas dos danos provocados pelas sociedades empresárias que agem com irresponsabilidade, a ponto de praticar condutas abusivas deliberadamente.

Nesse sentido, e para incrementar a representação da admissibilidade da condenação punitiva, então, é forçoso salientar, mais uma vez, que não há incongruência da sanção punitiva no Direito Civil.

É que a punição, quando tida apenas a partir do Direito Penal, não alcança os ilícitos civis, o que ensejaria uma continuidade delituosa por parte dos agentes malfeitores. Nesse sentido, limitar a responsabilidade civil seria uma carta branca para quem utiliza da ideia de *custo de oportunidade*, ou seja, neste caso, calcula se vale a pena ou não violar direitos para se ter uma vantagem.

Pode-se dizer que a ideia de *custo de oportunidade* se materializa quando um agente, econômico – ou não –, diante de várias possibilidades de ação, busca analisar qual delas é merecedora de sua escolha, tendo em vista que para o cálculo do maior benefício alcançado se compreende a subtração dos outros benefícios que seriam advindos das outras ações. Em outras palavras, o agente escolhe praticar uma conduta porque ela é a mais vantajosa, e por isso sacrifica as outras.¹⁶⁰

159 MIRANDA, Napoleão. *Globalização, soberania nacional e direito internacional*. V.8., n. 27, out./dez. 2004. Revista CEJ. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/638/818> – acessado em 18/11/2016.

160 Acerca do conceito de custo de oportunidade, Antônio Denardin prescreve o seguinte: “toda vez que existirem problemas de escolha entre várias alternativas de ação, estará presente o conceito de custo de oportunidade. Ao analisar várias alternativas de ação, o tomador de decisão sempre se perguntará se o benefício

Em que pese ser um conceito da Economia, percebe-se que é aplicável a qualquer situação em que um indivíduo tenha que eleger uma opção em detrimento das outras. Se a sanção é pequena em relação ao benefício atingido, o indivíduo tende a descumprir a prescrição normativa para ter o benefício. Isso ocorre com pessoas naturais e jurídicas.

Por exemplo, se um determinado agente econômico tem duas opções: (i) a de cobrar de seus clientes aquilo que foi contratado e permanecer com sua receita tal como havia calculado; e (ii) cobrar de cada um de seus clientes apenas 1 centavo a mais por cada ligação, por cada acesso à internet, sendo tal cobrança realizada de plena vontade (por uma política do agente) e essa receita ilícita passar a compor sua receita regular, sem que isso gere grande risco para o agente (por exemplo, sem que haja a possibilidade de ser imposta uma indenização significativa). É muito provável que o agente escolha pela segunda opção.

3.2 Análise da admissibilidade

Maria Celina, ao tratar da condenação punitiva – em que pese a autora ressaltar o caráter anômalo da condenação punitiva na *civil law* e afirmar categoricamente que a adoção da função punitiva é extravagante a essa tradição, que tem o dogma da reparação como o “fim último da responsabilidade civil”¹⁶¹ – leciona que os tribunais deveriam adotar dois critérios objetivos: (i) a gradação da culpa do agente; e (ii) o nível econômico do ofensor.¹⁶²

A autora ainda faz outras críticas à indenização punitiva, caso fosse utilizada como parâmetro de arbitramento num caso concreto atualmente, como a de se caracterizar verdadeira violação, ao princípio da legalidade¹⁶³. Daí se depreende também que para se que obterá em relação ao sacrifício de alternativas de ação correspondentes será o melhor possível nas circunstâncias em que a decisão está sendo tomada. Essa é a verdadeira essência do conceito de custo de oportunidade.” DENARDIN, Anderson Antônio. **A importância do custo de oportunidade para a avaliação de empreendimentos baseados na criação de valor econômica (*economic value added – EVA*)**. Artigo de Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2004. p. 4.

161 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 258.

162 Ibidem, p. 259.

163 Ibidem, p. 260.

importar o instituto em qualquer julgamento, deve o magistrado ou órgão colegiado observar a existência de prescrição legal para tal arbitramento.

Ainda assim, entende-se que a autora, ainda que em caráter de exceção, é favorável à viabilidade dos *punitive damages* no sistema romano-germânico. Em suas palavras:

“É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, **não incomum, de prática danosa reiterada**. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição.”¹⁶⁴ (grifou-se)

Outro ponto a ser ressaltado, então, seria o da indenização punitiva caracterizar o enriquecimento ilícito vedado no ordenamento jurídico pátrio.

O enriquecimento ilícito (ou sem causa) está regulamentado expressamente em nosso Código Civil de 2002, no *caput* art. 884, *in verbis*: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Além disso, a Constituição da nossa República Federativa, promulgada em 1988, assevera, em seu art. 5º, V e X, o seguinte:

“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:

(...)

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;” (grifou-se)

164 Ibidem, p. 263.

De uma análise desse trecho constitucional – ainda que não perfunctória – concebe-se que o dispositivo acima transcrito, junto com o que se pode chamar de *dogma da responsabilidade civil brasileira* – sua limitação à reparabilidade – caracterizaria, *a priori*, grande obstáculo para a admissibilidade da condenação punitiva. Nas palavras de Anderson Schreiber: “a incorporação dos *punitive damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa”.¹⁶⁵

Para essa questão, caso o instituto objeto da presente monografia fosse incorporado ao sistema de responsabilidade civil brasileiro, a própria autora elege uma solução: a de se destinar a quantia indenizatória não para a vítima efetiva do ato ilícito, mas para um fundo coletivo.¹⁶⁶

Acerca da aplicação da condenação punitiva, Raul Araújo Filho defende que:

“realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam.”¹⁶⁷ 337

É de se ressaltar que Caio Mário defendeu a reparação por dano moral conjugando dois fundamentos, quais sejam: a) o recebimento pela vítima de uma quantia que lhe traga satisfação de qualquer espécie, apaziguando a sua amargura, que fora causada pela ofensa, e até nulificando o seu desejo por uma vingança; e b) a punição do agente justamente porque violou direito imaterial da vítima.¹⁶⁸

165 SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 213.

166 MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 263.

167 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 337.

168 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10ª ed., Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 413 e 414.

Outro ponto que poderia ser ressaltado com o fim de incompatibilizar a admissibilidade da condenação punitiva em nosso sistema é o da suposta não aplicabilidade do instituto alienígena nos casos em que a vítima não precisa comprovar culpa (aqueles sobre os quais já se comentou nos pontos 1.3 e 2.3.2, assentados, na maior parte dos casos, na teoria do risco), chamados de responsabilidade objetiva ou responsabilidade agravada.

Já é possível, neste ponto do trabalho, inferir deste próprio a refutação acerca dessa dita incompatibilidade. Mas como se trata de tema de exaltada importância, cumpre aqui evidenciá-lo.

Não merece prosperar já que o sistema de *torts* dos Estados Unidos prevê a incidência da indenização punitiva quando há, objetivamente, descumprimento da preceito normativo cujo fim se destina à proteção de bens juridicamente relevantes.

Nesse sentido, por exemplo, estaria o fornecedor do produto, nos casos consumeristas, exposto à condenação punitiva pelo fato do produto por ele posto em circulação no mercado apresentar riscos à integridade física dos consumidores, bastando com que se prove o nexo causal entre o fato do produto e o dano. Ou seja, bem parecido com o fundamento comumente utilizado nos casos de responsabilidade objetiva de acordo com o sistema de responsabilidade civil brasileiro: a teoria do risco.

Além desse exemplo, ressaltou-se também a responsabilidade do chefe ou responsável por ato danoso causado por seu funcionário, bastando que estejam presentes os pressupostos subjetivos já comentados no item 2.3.2 desta monografia.

Portanto, presentes num caso os pressupostos objetivos e subjetivos de incidência dos *punitive damages*, esse poderá ser aplicado independentemente do caso versar sobre mérito de responsabilidade subjetiva ou objetiva.

CONCLUSÃO

Uma das motivações para o desenvolvimento do tema é a percepção de que o Judiciário brasileiro vive estancado em demandas da mesma espécie, com os mesmos demandados, e que parte dos juristas ainda afirma existir, por isso uma indústria do dano moral.

Faço da ideia de Cavalieri a minha: não há indústria sem matéria-prima. Se é tão perceptível esse grau de estancamento da nossa Justiça, há de se pensar em no combate multilateral, e não apenas aqueles que versam sobre as questões processuais. Não é porque se trata da quantidade de processos que a questão será unicamente resolvido pelo viés processual. O Direito Civil pode exercer um grande papel ao desestimular a ocorrência dos fatos que levam à sociedade demandar.

Nesse esteio é que se concebe a possibilidade de admissão dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio.

Além do mais, se o Poder Público tem o dever de garantir a vida digna, tal como o prescrito em nossa Carta Magna (art. 1º, III), não se enxerga os porquês de apenas contemplar a paisagem que veio se formando ao longo dessas décadas. Décadas de evolução tecnológicas. Décadas de evolução de meios de se causar danos.

Conclui-se então, primeiramente, que há um equívoco aparente por parte da doutrina brasileira em analisar o instituto da condenação punitiva com base na divisão bipartida entre dano patrimonial e extrapatrimonial. Justamente porque nos Estados Unidos, nos casos em que há comprovação de dano patrimonial suportado pela vítima, pode incidir igualmente a indenização punitiva, tal como o visto nos exemplos de julgados importantes extraídos da pesquisa para subsidiar este trabalho. É que o “*dano punitivo*” não visa necessariamente a proteção dos atributos da personalidade da pessoa, tal como visa o nosso instituto do dano moral, mas a defesa, além de tudo, da comunidade, da ordem jurídica e da ordem pública. É o que se depreende da função pública dos *punitive damages*, a defender a proteção da ordem pública por meio dessa condenação civil.

Além disso, também foi possível constatar que na Roma antiga, uma grande base para a montagem do sistema romano-germânico, bem como em outros antecedentes remotos que não os dos bretões, havia nas sanções um caráter punitivo dentro do que se denominava de direito privado. Portanto, mitológica é a ideia de que ao Direito Penal sempre se reservou o caráter punitivo ao passo que ao Direito Civil sempre se reservou, apenas, a função compensatória das sanções. Esse foi um dogma incorporado ao sistema de responsabilidade civil da *civil law* à medida em que os nichos do Direito Penal e Direito Civil foram se separando, o que não quer dizer que função punitiva esteja originalmente expurgada da responsabilidade civil. A doutrina provou o contrário.

Outrossim, não é nova nos países de tradição romano-germânica a discussão da retomada do caráter punitivo da indenização. Conforme o já ressaltado no presente trabalho, desde a primeira década do século XX, na França, Huguenev já tratava do ressurgimento do caráter punitivo no direito privado.

Outra conclusão, ainda sob a perspectiva da cisão entre Direito Penal e Direito Civil, é de que, como o primeiro incide com base no critério da *ultima ratio*, o Direito Civil *per se* é um incentivo ao modelo de comunidade em que os agentes, no tocante ao cometimento de ilícitos civis, ao decidirem por tomar certa conduta, estarão entregues ao critério do custo de oportunidade. Se violar valer a pena, tende a pessoa optar pela violação.

Em relação à excessividade do montante indenizatório gerado pelos *punitive damages* e sua reversão para a vítima, esta seria uma incompatibilidade entre o sistema americano e brasileiro, partindo do pressuposto de que seriam casos de enriquecimento sem causa. Para isso, conforme o que foi constatado na própria doutrina brasileira, basta reverter o *quantum* para um fundo de amparo aos consumidores, ou de cidadania, ou qualquer outro fundo criado por lei com o objetivo de promover uma política educacional para a comunidade, ou de representa-la nos casos de violação flagrante aos preceitos normativos.

Outra inferência é a de que os *punitive damages* não atuarão como um meio repressivo do desenvolvimento econômico-social do país que porventura venha a adotá-los, tendo em vista que a indústria dos países em que eles são aplicados, pelo menos no que se refere à Inglaterra e Estados Unidos, vê-se sempre um desenvolvimento econômico e tecnológico em ascensão. O que se objetiva por meio da condenação punitiva é o oposto disso: é fazer com

que os agentes econômicos procurem meios lícitos de geração de receita, dessa maneira sempre em desenvolvimento de melhores práticas de atendimento, prestação de serviço ou fornecimento, o que, por consequência geraria uma maior satisfação em seu público-alvo.

Conclui-se também que muito há de comum entre as tradições anglo-saxã e romano-germânica no tocante ao sistema de responsabilidade civil, principalmente no que se refere aos pressupostos culpabilidade e imputabilidade, o que também, de certa forma, corrobora para a refutação da ideia de inaplicabilidade da condenação punitiva em nosso ordenamento jurídico.

Sendo assim, tem-se a adoção dos *punitive damages* como uma medida a resguardar a comunidade brasileira, protegendo seus valores (positivados ou não) e promovendo a existência digna de seus membros.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa, 1968.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral e indenização punitiva. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional contemporâneo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BASSAN, Marcela Alcazas. As funções da indenização por danos morais e apreensão de danos futuros. 15.05.2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BELL, G. B.; PEARCE, P. E. Punitive damages and the tort system, in university of Richmond Law Review, vol. 22, 1987.

BELLI, Sr. M. M. Punitive damages: their history, their use and their Worth in presente-day society, in UMKC Law Review, vol. 49, n. 1, 1980.

BÍBLIA sagrada: tradução da CNBB. 14ª ed., São Paulo: Canção Nova; Brasília: CNBB.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral.. 18ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso: 02 nov. 2016.

BRASIL. Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Palácio do Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso: 02 de nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

CALVÃO, João. Responsabilidade civil do produtor. Coimbra: Almedina

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva.

DEAKIN, S.; JOHNSTON, A.; MARKESINIS, B. Markesinis and Deakin's tort law, 6th ed., New York, Oxford, 2008.

DE CAMPOS, Flavio; MIRANDA, Renan Garcia. A escrita da história: ensino médio: volume único. São Paulo: Escala Educacional, 2005.

DENARDIN, Anderson Antônio. A importância do custo de oportunidade para a avaliação de empreendimentos baseados na criação de valor econômica (*economic value added – EVA*). Artigo de Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2004.

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

FIGUEIREDO, Candido de. Novo dicionário da língua portuguesa. 1913, p. 1751. Disponível em <<http://www.dicionario-aberto.net/dict.pdf>>. Acesso em 31 de out. 2016.

GARNER, B. A. Black's law dictionary. 7ª ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, formato digital.

HUGUENEY, Louis. L'idée de peine privée em droit contemporain. França. 1904.

JOÃO, Mayana Barros Jorge. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo: análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550> Acesso em: 21 nov. 2016.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOURENÇO, P. M. A função punitiva da responsabilidade civil, Coimbra. Coimbra, 2006.

MASSEY, C. R. apud SERPA. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history, in Vanderbilt Law Review, vol. 40, n. 6, nov. 1987

MIRANDA, Napoleão. *Globalização, soberania nacional e direito internacional*. V.8., n. 27, out./dez. 2004. Revista CEJ. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/638/818> – acessado em 18/11/2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OWEN, D. G. Punitive damages in products liability, in Michigan Law Review, vol. 74, 1976.

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 10ª ed., Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PESSOA, Fernando Jorge. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa, 1968.

REALE, Miguel. Ata de Conferência na USP acerca do anteprojeto do Código Civil de 2002. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>>
Acesso em 26 nov 2016.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ªed., São Paulo: Atlas, 2015.

SIMPSON, L. P. Punitive damages for breach of contracts, in Ohio State Law Journal, vol. 20, 1959.

Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, formato digital.

UILAN, Eduardo. Responsabilidade civil punitiva. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ZITZER, K. M. Punitive damages; a cat's clavicle in modern civil law, in The John Marshall Law Review, vol. 22, 1988.