



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

INDYANARA CRISTINA PINI

**A IMPLEMENTAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO
ESTRANGEIRO**

Londrina
2022

INDYANARA CRISTINA PINI

**A IMPLEMENTAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO
ESTRANGEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dra. Daniela Braga Paiano

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

PINI, INDYANARA CRISTINA.

A IMPLEMENTAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO ESTRANGEIRO / INDYANARA CRISTINA PINI. - Londrina, 2022.

118 f.

Orientador: DANIELA BRAGA PAIANO.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Direito Romano. Responsabilidade Civil. Danos extrapatrimoniais. Função punitiva. Justiça retributiva. - Tese. I. PAIANO, DANIELA BRAGA. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

INDYANARA CRISTINA PINI

**A IMPLEMENTAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO
ESTRANGEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dra. Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof^a. Dra. Alessandra Cristina Furlan
Universidade Estadual Norte do Paraná –
UENP

Prof^o. Dr. Romualdo Baptista dos Santos
Escola Superior da Procuradoria Geral do
Estado

Londrina, 30 de setembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Ainda que após doze anos desde o seu regresso ao mundo espiritual, de forma tão abrupta, não teria como deixar de lhe agradecer, meu pai, Rogério, por toda a base sólida que me proporcionou e pelos princípios valiosos que ensinou, dentre eles, a importância do estudo e a necessidade do aperfeiçoamento diário daquilo a que me dispus fazer. Ainda que ligeira nossa convivência, pelos meus primeiros dezoito anos, até aqui cheguei também pela sua memória.

É claro que no curso da vida, entre as perdas, também somos felicitados por encontros valorosos, e, em meio a essa viagem terrena encontrei minha caríssima Neilaine, com quem tenho dividido as batalhas nos últimos dez anos e compartilhado as angústias e conquistas. Ainda que de paciência, por vezes, questionável, acolheu-me em todas as necessidades e desatinos desta caminhada acadêmica. A você, muito obrigada.

Não poderia deixar de registrar imenso agradecimento, por toda paciência, dedicação e disponibilidade que a professora Daniela Braga Paiano me ofertou durante esta jornada. Sem a sua contribuição este trabalho não teria se concretizado.

Agradeço ainda à Universidade Estadual de Londrina, instituição da qual tenho orgulho de ter frequentado enquanto aluna regular do programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial. Estendo estes agradecimentos a todos aqueles que tornam possível a continuidade do programa, professores e funcionários tão valorosos, e, especialmente ao Francisco Carlos Navarro, por toda a colaboração e auxílio a todos nós, alunos.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, ajudaram-me neste caminho para a concretização deste sonho, e aos dois membros de minha banca, Alessandra Cristina Furlan e Romualdo Baptista dos Santos, por terem aceitado o convite e por contribuírem, ativamente, para o progresso deste trabalho.

Refresca o teu coração. Sofre, sofre, depressa,
que é para alegrias novas poderem vir.

João Guimarães Rosa

PINI, Indyanara Cristina. **A implementação dos danos punitivos na legislação brasileira sob a ótica do direito estrangeiro**. 2022. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

RESUMO

Busca-se demonstrar que, na sociedade contemporânea, a ideia de responsabilidade civil exclusivamente ao caráter ressarcitório dos danos extrapatrimoniais não tem se mostrado suficientes. Afasta-se da ideia precípua de responsabilização trazida pelos ordenamentos jurídicos primitivos. Através do estudo das tradições jurídicas e da evolução dos ordenamentos, nacional e estrangeiro, pretende-se demonstrar que a vinculação a estas, sem um diálogo que decorre da evolução das sociedades é insuficiente para repelir a introdução de uma indenização punitiva no ordenamento pátrio, sobretudo diante das novas funções que têm sido atreladas ao campo da responsabilidade civil. Através de um paralelo histórico, fundamenta-se a necessidade de um novo paradigma indenizatório, utilizando-se das modificações que foram feitas no curso dos séculos para resgatar a ideia precípua da responsabilidade, vinculada a punição do causador de um dano. Alia-se ainda aos preceitos éticos que devem guiar as sociedades, amparando-se, especialmente, nas bases da filosofia kantiana – onde todos ajam, de tal forma, que seja possível a coexistência pacífica da sociedade, sem que a conduta de um indivíduo interfira na vida e outrem, causando-lhe prejuízos – e aristotélica – especialmente na justiça corretiva, como forma de anular os excessos de ganhos decorrentes de atos ilícitos –, para que seja possível, em conjunto com a modificação de paradigmas e de legislações de países, cuja tradição jurídica também é oriunda da *civil law*, demonstrar que é possível a implementação de uma indenização com enfoque punitivo. Utiliza-se, para tanto, o método dedutivo, amparado em pesquisas de cunho bibliográfico, através das doutrinas favoráveis e contrárias à função punitiva da responsabilidade civil, em conjunto ainda com decisões de países como Itália e Portugal, possibilitando uma confluência ao objetivo central da pesquisa.

Palavras-chave: direito romano; responsabilidade civil; danos extrapatrimoniais; função punitiva; justiça retributiva.

PINI, Indyanara Cristina. **The implementation of punitive damages in Brazilian legislation from the perspective of foreign law.** 2022. 121 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

ABSTRACT

It seeks to demonstrate that, in contemporary society, the idea of civil liability exclusively linked to the compensation nature of off-balance sheet damage has not proved to be sufficient, and, equally, it moves away from the main idea of accountability brought by primitive legal systems. Through the study of legal traditions and the evolution of national and foreign legal systems, it is intended to demonstrate that the link to these, in a plastered way and without a dialogue that results from the evolution of societies is insufficient to repel the introduction of punitive damages. in the national order, especially in view of the new functions that have been linked to the field of civil liability. Through a historical parallel, the need for a new indemnity paradigm is based, using the changes that have been made over the centuries to rescue the primary idea of responsibility, linked to the punishment of the cause of damage. It also combines the ethical precepts that should guide societies, supported, especially, on the bases of Kantian and Aristotelian philosophy, so that it is possible, together with the modification of paradigms and legislation of countries, whose legal tradition is also from civil law, to demonstrate that it is possible to implement an indemnity with a punitive approach. For this purpose, the deductive method is used, supported by bibliographic research, through doctrines favorable and contrary to the punitive function of civil liability, together with jurisprudence from countries such as Italy and Portugal, allowing a confluence to the central objective of the search.

Key words: roman law; civil responsibility; off-balance sheet damages; punitive function; retributive justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL – TRADIÇÕES JURÍDICAS, FUNDAMENTOS E FUNÇÕES	13
1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TRADIÇÃO CIVIL LAW OU ROMANO-GERMÂNICO.....	17
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA TRADIÇÃO DA COMMON LAW.....	21
1.3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
1.4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS PERSPECTIVAS ATUAIS	37
2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	46
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO ROMANO	51
2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CANÔNICO	56
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	60
3 A COMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM A TRADIÇÃO CIVIL LAW	65
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA COMO VETOR E RESGATE DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS	66
3.1.1 Dano Extrapatrimonial: Conceituação	66
3.1.2 Os Fundamentos Filosóficos para a Justificação da Indenização Punitiva.....	73
3.2 OS DANOS PUNITIVOS NA LEGISLAÇÃO ARGENTINA	80
3.3 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO ITALIANO	89
3.4 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO PORTUGUÊS	93
3.5 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOUTRINA E OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA	97
3.5.1 A Suposta Incompatibilidade da Punição no Direito Civil e a Ausência de Previsão Legal Autorizativa para o Dano Punitivo	99
3.5.2 A (In)Compatibilidade da Função Punitiva Frente a Adoção da Responsabilidade Objetiva	103

3.5.3	A Vedação de Enriquecimento Ilícito e a Indenização Punitiva no Direito Brasileiro	107
3.5.4	O Lucro Ilícito como Justificativa para a Indenização Punitiva	109
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
	REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Instituto jurídico do Direito Civil de relevância e tendência ao controle social, a responsabilidade civil se apresenta mutável e variável, com grande propensão à evolução, sempre com o objetivo de atender as volúveis necessidades que a sociedade, especialmente no cenário globalizado, demonstra ser imperioso, buscando reparar os prejuízos suportados pelas vítimas lesadas, e, diante da mutabilidade que é peculiar, mostra-se pronta, na atualidade, a tutelar interesses que, no passado, não eram sequer imaginados, a exemplo dos danos existenciais e metaindividuais.

Justamente por esta maleabilidade do instituto, no curso da história, os ordenamentos jurídicos estrangeiros, sobretudo aqueles que têm origem nas bases da tradição romano-germânica, foram amoldando e ressignificando a ideia inicial da responsabilidade civil, razão pela qual, decorrente, sobretudo, das inspirações advindas da codificação francesa, no Brasil, adota-se, atualmente, a função ressarcitória aos ilícitos perpetrados em detrimento dos indivíduos, que abalam, especialmente, direitos subjetivos e geram a possibilidade indenizatória pelo dano moral.

O caráter ressarcitório, cuja limitação aos valores fixados a título de indenização está estampada no art. 944 do Código Civil, que prevê a reparação na específica extensão do dano, frente aos novos paradigmas sociais, especialmente as novas tecnologias, a globalização e o avanço mercadológico que se vivencia, acaba por possibilitar àqueles que detém poder econômico, possam, basicamente, elaborar cálculos destinados à quantificação do montante dos prejuízos a serem impostos por terceiros em razão do desenvolvimento de uma atividade de risco ou mesmo da realização de um ato ilícito. Isto porque, é possível, de antemão, prever o valor das indenizações que serão fixadas, tornando possível custeá-las com os próprios lucros advindos do dano.

Neste contexto, mostra-se imperioso que uma nova função, que não apenas a ressarcitória, seja incorporada à responsabilidade civil, buscando uma forma mais eficaz de sanção, garantindo com isso, não só a prevenção dos abusos que são perpetrados, mas, sobretudo, a efetiva tutela da dignidade da pessoa, constitucionalmente albergada, que calca a indenização por dano moral, ao que se entende, portanto, pela necessidade de introdução da indenização punitiva.

Muito embora uma parte da doutrina já sustente a necessidade de se encarar a indenização por dano moral com o escopo punitivo, uma outra parcela rechaça a pretensão, aludindo que existiria uma manifesta confusão entre direito civil e direito penal, bem como que se estará diante de afronta ao contido no art. 844 do Código Civil, que impede enriquecimento sem causa. Atrelando-se ainda as críticas, outra parcela da doutrina, para além de sustentar também estes dois pontos, argumenta que não há, neste momento, no ordenamento, previsão específica para a implementação da indenização punitiva.

Ato contínuo, em meio às divergências doutrinárias, pode-se destacar que uma parte da jurisprudência também se inclina a reconhecer que a indenização por dano moral possui um duplo escopo, quais sejam a punição e a prevenção. Pode-se dizer que a teoria desta dupla função já se mostra tão difundida que o princípio da reparação integral deve ser medido pela extensão do prejuízo. Todavia, as indenizações continuam sendo fixadas em patamares irrisórios, mantendo a problemática aqui discutida, *in casu*, a possibilidade do cálculo de custos e a paulatina lesão aos direitos individuais e coletivos.

Outro ponto levantado entre os críticos é que um país cujo ordenamento admite uma modalidade de responsabilidade civil sem culpa, no caso, a responsabilidade civil objetiva, devidamente prevista no artigo 927 do Código Civil, a adoção de uma indenização punitiva poderia ser causa de injustiças, e, novamente, de possível enriquecimento ilícito da vítima.

A constância da discussão, seja no campo doutrinário ou mesmo nos Tribunais aliada a relevância e atualidade da questão, que, apesar do intenso debate, ainda prescinde de um desfecho, é que torna possível e necessário, no campo de estudo, buscar os fundamentos e funções da responsabilidade civil, até mesmo em seu contexto histórico e filosófico, bem como traçar elementos comparativos, obtidos através do Direito Estrangeiro, especialmente com o instituto dos *punitive damages*.

Neste desiderato, utiliza-se de um raciocínio jurídico-dogmático para alcançar conclusões quanto a real possibilidade e admissibilidade da adoção da indenização punitiva no contexto jurídico pátrio, especialmente no tocante ao dissenso quanto a previsão legal autorizativa e, igualmente, o cabimento de se inserir uma figura punitiva dentro do campo do direito civil, analisando-se inclusive a existência ou não de outras penas em referida seara de estudo.

Ampara-se a pesquisa em um compêndio bibliográfico e jurisprudencial, tanto nacional como oriundos do direito estrangeiro, e divide-se o estudo em capítulos, percorrendo as tradicionais funções e fundamentos da responsabilidade civil, discorrendo sobre os aspectos históricos do instituto, para, ao final, demonstrar as hipóteses aventadas.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL – TRADIÇÕES JURÍDICAS, FUNDAMENTOS E FUNÇÕES

Atualmente, a responsabilidade civil no Brasil é disciplinada pelos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, em que os dois primeiros são relativos aos atos ilícitos, referindo-se à responsabilidade extracontratual, e se divide em duas espécies, qual seja, a responsabilidade civil subjetiva ou por culpa e a responsabilidade civil objetiva ou sem culpa.

A responsabilidade civil deve ser diferida da obrigação, ao passo que esta última surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato ou deixa de observar o sistema normativo que regulamenta sua vida. A responsabilidade civil, por seu turno, se consubstancia no dever de indenizar o dano, que pode ser dano moral ou patrimonial causado a terceiros¹.

Pode ser dividida ainda em duas espécies, uma que se situa no âmbito da inexecução obrigacional do contrato, que é chamada de responsabilidade contratual e a segunda, posicionada no inadimplemento obrigacional normativo, a responsabilidade extracontratual².

A distinção se assenta na teoria das fontes de direito, segundo a qual o comportamento humano não é pautado apenas pela lei, mas por outras manifestações de vontade diversas da estatal. Sob tal perspectiva, Pietro Perlingieri sustenta serem fontes do direito os atos ou fatos de cuja interpretação se determina a norma aplicável, destacando o papel da autodisciplina não mais como aspecto acessório na teoria das fontes, mas verdadeiramente ontológico³.

O comportamento que contraria o disposto em norma jurídica estatal ou negocial faz nascer para o agente o dever de reparar os danos causados⁴. Assim, deve-se ter em mente que se os deveres são impostos no âmbito da relação estabelecida por um contrato ou outra espécie de negócio jurídico, os danos serão

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2011. p. 243-244.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2011. p. 244.

³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

⁴ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

tutelados por meio da responsabilidade contratual, ao passo que, se os deveres se mostram estampados apenas em um contato social entre as partes, configura-se a espécie de responsabilidade extracontratual⁵.

Na legislação pátria, contudo, essa divisão não se mostra estanque. Pelo contrário. Há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual⁶.

Como ventilado no início, a responsabilidade civil pode ser dividida em duas espécies, sendo a primeira calcada na culpa, ao passo que a segunda se dá de forma objetiva. Esta diferenciação, no entanto, é fruto da própria evolução social, já que, de início, a teoria tradicional da responsabilidade repousava sobre a ideia de culpa, ou seja, não havia responsabilidade sem culpa provada. Era assim definido como um dogma do milênio. A vítima de um dano precisava provar o dano, demonstrar que o este decorria do delito e, por fim, a culpa. É neste cenário que a culpa passa a ser relativizada, adotando-se a teoria do risco da atividade, e, por consequência, a objetivação da responsabilidade civil⁷.

A responsabilidade objetiva foi adotada em quase todos os ordenamentos jurídicos, por meio de leis especiais, aplicáveis a setores específicos, relacionados aos anseios mais graves no campo da responsabilidade civil⁸.

A teoria do risco, portanto, que é a causa da adoção da responsabilidade civil objetiva, visa facilitar a reparação do dano ocasionado por determinado segmento que exerce uma atividade perigosa, ainda que inexista qualquer resquício de intenção em relação ao ilícito.

Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexó psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a prática, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto 'a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o

⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 25.

⁷ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, vol. LXXXVI, ano XXXVIII, Rio de Janeiro, Abril, 1941, p. 548-559. p. 549-551

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015 p. 19.

caracteriza⁹.

Adota-se, portanto, na legislação brasileira, por força do Código Civil vigente, as modalidades de responsabilidade civil contratual e extracontratual, cujas diferenciações foram traçadas, e, igualmente, adota-se também o princípio da teoria do risco para as atividades potencialmente lesivas e a teoria da culpa para os demais casos de reparação de danos.

Além das características próprias da responsabilidade civil no cenário jurídico brasileiro, a interpretação legal deriva ainda de fatores que vão além da própria norma, aliás, que decorrem das tradições jurídicas que foram adotadas pelo modelo jurídico codificado.

Com efeito, apesar das divergências existentes nas ciências jurídicas de cada país, as bases são oriundas de duas tradições jurídicas, normalmente atrelados a base de colonização, que conferem a forma como a lei ou as decisões judiciais serão interpretadas, que, *in casu*, são os sistemas *civil law* e *common law*.

Utiliza-se o termo de tradição jurídica em detrimento a sistema jurídico, posto que, a ideia entre os dois é bastante diferente. Isto porque, um sistema jurídico se traduz em um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes, podendo-se dizer que em um mundo organizado em estados soberanos há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais. Estes sistemas jurídicos, por sua vez, são classificados em grupos ou famílias advindas do *civil* ou *common law*. Ainda assim, reconhece-se que mesmo com origens em famílias idênticas, os sistemas jurídicos de cada um dos países que as adotam são diferentes entre si, possuindo normas legais, processuais e institucionais divergentes. Estas diferenças existentes decorrem do fato de que durante muitos séculos o mundo foi dividido em estados individualizados, o que levou a uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais. Assim, não se pode dizer que existem os sistemas *civil law* e *common law*, pois muitos sistemas jurídicos existem dentro de cada uma destas famílias. Assim, deve-se entender que uma tradição jurídica é um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e enraizadas no direito, sendo que esta coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 192.

expressão¹⁰.

Ato contínuo, não se pode restringir, na contemporaneidade, apenas estas duas tradições jurídicas, já que como observado por Estefânia Barboza “existem ainda outras concepções da ordem social e do Direito, como os Direitos Socialistas, o Direito Muçulmano, que se liga estritamente à religião, o Direito da comunidade Hindu, Direitos do Extremo Oriente como o Direito Chinês e o Direito Japonês¹¹”, mas, no caso em apreço, o objeto do estudo tem por enfoque justamente estas duas tradições, visando demonstrar a possibilidade de implementação dos danos punitivos, cuja inspiração advém dos países que adotaram a tradição da *common law*, no atual ordenamento jurídico brasileiro, em que a forma de codificação e interpretação é baseada na tradição da *civil law*.

Ponto de destaque a ser suscitado ainda é que o surgimento destas tradições jurídicas se dá diante da absoluta ineficiência da estrutura que se tinha no mundo político medieval, e, fazia-se necessário ainda um modelo de sistema governamental centralizado e mais eficiente, o que se deu a partir da revolução europeia.

É que a ideia de que a lei tinha origem divina como se pregava e acreditava no período do direito canônico perdeu forças. O respeito a Deus ainda era admitido no processo legislativo, como é perceptível na Declaração Americana de Independência, mas, era certo que o poder legiferante pertencia ao estado, e a Igreja Católica e o direito natural secular não mais controlavam o príncipe¹².

O surgimento do moderno estado-nação pôs termo a aceitação comum do direito romano-canônico ou *jus commune*. Desta forma, os sistemas legais passaram a substituir o *jus commune*, que se tornou um direito complementar e subordinado, ao passo que, a partir desta modificação, passa-se a autoridade legal ao príncipe, e, sua vontade será a lei. O direito originário de outras fontes, *jus commune* ou consuetudinário, só seria aplicado se fosse da vontade do príncipe, sendo que estes sempre legislaram e o processo de construção de um direito nacional, na língua nacional, inclusive, ocorreu bom base em pressupostos que renunciaram o

¹⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 21-23.

¹¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Quaestio Iuris*, vol.11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018, p. 1456.

¹² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 45-46.

positivismo legal¹³.

Já na Inglaterra essa ideia de positivação do direito, diferentemente do restante dos países da Europa, mostrou-se de menor importância frente a utilização do sistema de precedentes. Apesar do declínio da influência religiosa no processo legislativo pelo qual passou a Europa, a *common law*, que havia surgido na Inglaterra, não enfraqueceu, nem mesmo diante dos movimentos positivistas, mantendo-se, portanto, a tradição em questão¹⁴.

A diferença crucial, portanto, para a existência das duas tradições predominantes no mundo é simplesmente a própria vontade e necessidade de seu povo, que, em uma tradição sentiu e criou a ideia de uma legislação positivada, ao passo que, em outra, entendeu-se pela assertividade de uma tradição já vigente.

Também não se pode afirmar que o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* estão isolados um do outro, o que seria verdadeiro engano, já que, como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, as duas tradições tiveram não só contatos como influências recíprocas no curso dos séculos¹⁵.

1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TRADIÇÃO CIVIL LAW OU ROMANO-GERMÂNICO

Entre as duas tradições, a *civil law* é tanto mais antiga como mais amplamente difundida, prevalecendo, na atualidade, na Europa, em toda a América Latina, em muitas partes da África e da Ásia e até mesmo em alguns enclaves do mundo da *common law*, como a Louisiana, o Quebec e Porto Rico¹⁶.

Oriunda das tradições do império Romano, o *civil law*, que pode ser determinada como família romano-germânica, teve sua formação, como explicitado por René David, sobre a base do direito romano, cujas regras de conduta são concebidas a partir das preocupações de justiça e moral, cabendo ao direito determinar quais são essas regras. Outra importante característica deste sistema de interpretação e codificação jurídica está no fato de terem sido elaborados por razões

¹³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 46-47.

¹⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 47-48.

¹⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 21-23.

¹⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 23.

históricas, com vistas a regular relações entre os cidadãos, ao passo que, outros ramos do direito foram desenvolvidos mais tardiamente, partindo-se do direito civil, que é marcado por ser o centro da ciência do direito¹⁷.

Na atualidade, em breve distinção do *common law*, costuma-se, de modo bastante simplista, afirmar que o *civil law* possui um status legalista do Direito, devidamente sistematizado por um código, hígido e livre de lacunas, restringindo o poder decisório do magistrado a sua literalidade. Todavia, referido pensamento e simplismo na divisão destes dois sistemas se mostra, para além de equivocado num patamar histórico e evolutivo, embasado apenas no entendimento da Escola da Exegese na França, que cria uma cultura juspositivista, de caráter estritamente legalista¹⁸.

Ao atrelar as bases e o direito Romano ao sistema *civil law*, pura e simplesmente, é afirmação equivocada. Isto porque, para os romanos, a lei não era fonte do Direito, que, à época, era marcada pela tradição e pelo caso concreto.

Na ideia romana de direito, a solução para a lide brotava do caso e não de uma norma geral e prévia que se apresenta como um caminho pré-determinado. A lei para o direito romano servirá como um esquema de interpretação que poderá ser afastada sempre que a solução do caso concreto demonstrar a incompatibilidade com uma decisão boa e justa¹⁹.

A ideia de vinculação da tradição romana a literalidade da lei advém de uma influência linguística dos povos que foram incorporados ao Império Romano, quando a palavra *jus* foi substituída pela palavra *directum*, já que o primeiro representava a construção jurídica a partir da arte do pretor devidamente embasada no caso concreto, ao passo que o segundo, cujo significado é reto caminho, norteava a busca por uma solução a partir de um modelo abstrato, passível de ser aplicado a todos os casos. Desta forma, verifica-se a incompatibilidade do *directum* a liberdade do julgador na construção de uma decisão como se apresentava no *jus*. Atrelando-se tal modificação embasada na morfologia linguística das palavras a ascensão do Cristianismo como

¹⁷ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Meridiano: Lisboa, 1978, p. 26.

¹⁸ MARTINS, R. E. S. História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a common Law. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 195–211, 2019. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/72>. Acesso em: 16 mar. 2022, p. 205

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'PLACIDO, 2021.

religião oficial do império romano e as inspirações do próprio judaísmo, chega-se ao modelo pautado na norma devidamente escrita e prevista, limitante da autonomia do julgador que buscava uma construção para uma decisão justa²⁰.

É, portanto e em consequência a evolução deste sistema, no curso dos séculos, que acabou por se afastar do direito da Roma antiga, até mesmo de sua própria concepção, já que uma parte relevante de suas características derivam, a exemplo, do direito canônico, do direito comercial as revoluções e a ciências do direito²¹.

Ponto de destaque, trazido por John Glissen é que a influência do direito canônico sobre o direito laico da Europa ocidental foi considerável, principalmente pelo universo predominantemente cristão da Idade Média, e, igualmente, pelo caráter escrito deste direito, já que, na Europa ocidental foi o único direito escrito entre o fim do século IX e o século XIII²².

Do ponto de vista científico, a tradição do direito romano-germânico surge no século XIII, quando os estudos do Direito Romano nas universidades são retomados, diante do declínio da Idade Média e ascensão do período Renascentista, deixando-se de confundir religião e moral com a ordem civil e o direito. Ressalva-se ainda que este sistema surgiu e continuou a existir independentemente de qualquer intenção política²³.

Ressalta-se que não só o direito romano era estudado nas Universidades, mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o direito costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*²⁴, fazendo-se necessário o desenvolvimento de uma ciência jurídica pelos professores das Universidades, calcado na teoria e erudição, mais próximo, justamente, do direito romano.

John Glissen assinala que até o século XIII o costume tinha permanecido como fonte quase exclusiva do direito, e, cada domínio, por seu turno, tinha seu

²⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'PLACIDO, 2021.

²¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. p. 1456-1486.

²² GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.

²³ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Meridiano: Lisboa, 1978.

²⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. p. 1475.

próprio costume, e, pode-se dizer, seu próprio Direito. A partir do século XIII, a lei passa a suplantar o costume e as regras passam a ser generalizadas²⁵.

Tudo isto fez com que fosse possível uma unificação da cultura jurídica europeia obtida, justamente, a partir da sofisticação do direito romano.

Além disso, é possível apontar as seguintes características do direito romanista, como, por exemplo, o uso de uma terminologia comum, a exigência de que a regra do direito deveria ser abstrata e geral, a adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável e a preponderância da lei como fonte do direito²⁶.

Sucessivamente a toda esta evolução, os acontecimentos ocorridos na França do século XIX e que resultaram na Revolução Francesa foram o marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico, onde “a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais²⁷”, sob pena de se perderem todos os preceitos e objetivos decorrentes da Revolução.

Pode-se reconhecer, portanto, que o *civil law* registra sua base no direito romano e se consagra com a Revolução Francesa, mediante a separação de poderes e a estrita aplicação da Lei, marcada por um período intenso de codificação.

Na tradição da *civil law*, pode-se considerar a existência de algumas fontes do direito, e, os países que adotaram referida tradição são conhecidos como os países do direito escrito, o que se refere, particularmente, à lei escrita que é a principal e primária fonte do direito, sendo, por consequência, a primeira fonte de pesquisa para a elucidação de um caso concreto.

Desta forma, uma norma legal prevalecerá sobre um regulamento contrário e, tanto uma norma legal como um regulamento prevalecem sobre o costume que lhe seja incompatível. Ainda, na tradição da *civil law*, o juiz terá a função meramente interpretativa da própria lei, não podendo assim ser um fundamento válido aquele que dê prevalência a doutrina ou jurisprudência sob a norma²⁸.

²⁵ GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995, p. 203

²⁶ GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995, p. 204.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009, p. 46.

²⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 50.

Pelas influências sofridas, no tocante a responsabilidade na tradição da *civil law*, é pacificado que possui as funções de reparação do ilícito danoso causado à vítima e, igualmente, o objetivo de retorno ao *status quo ante* à lesão²⁹.

Assim, como regra geral, os ordenamentos jurídicos dos países de *civil law* não contemplam, atualmente, o instituto dos danos punitivos da forma como estes são praticados nos países de *common law*, justamente pela tradição jurídica que inspirou os sistemas jurídicos destes países³⁰.

1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA TRADIÇÃO DA *COMMON LAW*

De outro lado tem-se o sistema *common law*, que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até aos nossos dias, além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa³¹.

O início da tradição da *common law* é datada pelos historiadores no ano de 1066, quando os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra. Considerando, portanto, esta data, verifica-se que a tradição jurídica da *common law* conta com menos de 1000 anos de história, ao passo que a tradição da *civil law* quando da publicação do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no ano de 533, já era tão antiga quanto é hoje a tradição da *common law*³².

Já em 1164, durante o Reinado de Henry II, reconheceu-se as Constituições de Clarendon, que eram uma lista de costumes que foram tomados como a prática do reinado de Henry I. Essas constituições por seu turno, continham assuntos diversos que envolviam disputas de terras da igreja, responsabilidade dos senhores feudais pelos danos causados por seus servos, discussões acerca de dívidas e contratos diversos, procedimentos de direito criminal e até mesmo a criação do tribunal do júri, e, destacava-se que todos os casos seriam decididos nas Cortes do Rei, opondo-se

²⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

³⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 133.

³¹ GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995, p. 207.

³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 23.

assim a muitos casos que, à época, vinham sendo decididos nas cortes locais da igreja³³.

Já por volta, possivelmente, de 1187, um livro de direito que se chamou Glanvill, foi escrito em latim, de forma simples, estabelecendo os princípios do que seria a tradição da *common law*, trazendo a inovação de escrever princípios jurídicos na forma de comentários sobre os diferentes documentos legais que existiam. Foram separados em dois livros, denominados Livro I e Livro II, em que Glanvill estabeleceu os modelos de documentos e petições a serem seguidos³⁴. Eis aí o nascimento da *common law*, que continha, em referidos livros, três princípios básicos que aqui se enumera:

- I- Os princípios ali contidos eram tidos como direitos reais, uma vez que provinham das cortes reais;
- II- Eram princípios de direito comuns a todos – daí o termo *common law*, porque ignorava todas as diferenças entre os sistemas e princípios legais coexistentes àquela época, na Inglaterra. Como menciona G. D. G. Hall, em sua introdução a Glanvill, por *common law* entende-se a lei estabelecida pela corte do Rei, comum a todo homem livre, no sentido de estar disponível a todos, tanto em direito civil, como em direito criminal, quer queiram, quer não. Deve-se atentar ao fato de que a expressão *common law* é também usada, atualmente, para distinguir os princípios de direito provenientes das decisões da Cortes dos Estatutos editados pelo Parlamento.
- III- Glanvill estabelecia princípios de direito procedimental, baseados e documentos legais e expressados na forma de comentários sobre eles³⁵.

Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*³⁶.

Rene David obtempera que a base do estudo do *common law* deve ser atrelada ao estudo do direito inglês, profundamente marcado pela história. O direito inglês está limitado à Inglaterra e ao País de Gales. Necessário esclarecer que o direito inglês não conheceu a renovação pelo direito romano, tampouco a renovação pela codificação, como o direito francês ou outros direitos da família romano-

³³ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 109.

³⁴ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 109.

³⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 109.

³⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *As origens históricas do civil law e do common law. Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. p. 1456-1486.

germânica, sendo predominantemente desenvolvido de forma autônoma, limitando-se às influências de contatos com o continente europeu³⁷. O direito inglês moderno é por consequência muito mais histórico que os direitos dos países da Europa Ocidental, tendo em vista a inexistência de ruptura entre passado e presente como a provocada pela Revolução Francesa, por exemplo. Os juristas ingleses do século XX ainda invocavam leis e decisões judiciais dos séculos XIII e XIV.

Pode-se subdividir o sistema *common law* no sentido estrito e a *equity*. Nesta última se sedimentou a formação do direito inglês, estabelecendo-se os princípios gerais do direito, ao passo que, na primeira, desenvolveu-se mediante as decisões judiciais, com pouca ou quase nenhuma influência do direito romano.

Em síntese e em paralelo ao que André Gustavo Correa de Andrade esclarece a respeito do *common law*, trata-se de um sistema jurídico em que uma das fontes primárias do direito é o sistema de precedentes judiciais, caracterizando-se por um sistema criado pelo Juiz em contraposição ao Direito estabelecido por uma autoridade não judiciária, que, *in casu*, seria, como nos sistemas abarcados pelo *civil law*, o legislativo³⁸.

Desta forma, diferentemente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente³⁹, conferindo assim uma grande plasticidade ao sistema onde se emprega argumentos de princípio, inexistindo a previsibilidade e segurança comum ao *civil law*⁴⁰.

Tem-se, portanto, como diferença precípua entre as tradições jurídicas mencionadas, que compõem os sistemas jurídicos de maior relevância ao estudo encartado, para além das origens, a fundamentação das decisões, ao passo que no *civil law* se espera, a partir da interpretação judicial da própria lei a aplicação ao caso concreto, ao passo que, no sistema *common law*, o caso concreto é que guiará a

³⁷ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Meridiano: Lisboa, 1978, p. 62.

³⁸ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169.

³⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. *Quaestio Iuris*, vol.11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018, p. 1461.

⁴⁰ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 171.

aplicação do direito, ainda que pautado em épocas, por exemplo, totalmente distintas entre si, desde que o contexto seja igual.

Apesar das diferenciações, o Código de Processo Civil recente, vigente desde 2015, tentou introduzir também um sistema de precedentes no judiciário brasileiro, podendo-se dizer que há uma convergência evolutiva nos sistemas, marcado, principalmente, por questões atinentes à globalização. Na esfera da responsabilidade civil, no contexto da *common law*, é assim definida:

(...) pois os sistemas europeus continentais, como é o caso do francês e do alemão, priorizam essencialmente a compensação e o desestímulo, enquanto o modelo anglo-saxão, especialmente o norte-americano, adota mais abertamente a função punitiva. Ainda se pode observar algumas diferenças relacionadas aos objetivos últimos da compensação e desestímulo, já que os modelos francês e alemão preocupam-se mais com a situação da vítima e com a inserção da responsabilidade civil no contexto das políticas sociais, enquanto o modelo inglês está mais focado na proteção das liberdades individuais e do mercado⁴¹.

Assim é que, ao se tratar de responsabilidade civil na tradição da *common law*, estar-se-á diante de duas funções que serão dissuasória e punitiva.

Embora se tenha mencionada a ligação entre o sistema de precedentes e o sistema *common law*, necessário elucidar que ambos não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses, ao passo que, o sistema de *stare decisis et non quieta movere* está umbilicalmente ligado a forma de operacionalizar o sistema *common law*, mas, aquela significa literalmente a manutenção da decisão e “não mexa no que está quieto”, vinculando assim os juízes às decisões do passado, nominados precedentes⁴².

Desta forma, as decisões tomadas por uma corte de justiça mais elevada devem ser seguidas pelas cortes inferiores da mesma jurisdição quando as circunstâncias de fato no caso subsequente sob análise forem as mesmas do caso

⁴¹ FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 27.

⁴² OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun, p. 43-68.

precedente, que atua como paradigma⁴³.

Explica René David que essa ideia do direito jurisprudencial de respeitar os precedentes lógicos nem sempre possuiu o mesmo grau de certeza e de segurança. Isso porque, somente após a primeira metade do século XIX, a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores. (DAVID, 1978, p. 428) Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo Lord Campbell. Nesse caso restou determinado que a House of Lords estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos⁴⁴.

A ideia dominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança jurídica às situações, à medida que é possível antecipar o entendimento judicial que será dado a determinado conjunto de fatos, desde que idênticos ou análogos a fatos anteriores. Isto alimenta a sensação não só de segurança jurídica, mas, sobretudo o sentimento de justiça, já que, para casos análogos, a mesma decisão será proferida⁴⁵.

Importante esclarecer que o precedente apenas vincula a própria corte que o formulou e os órgãos hierarquicamente subordinados a ela, já que o precedente sempre se formará nas cortes de segunda instância. O único precedente que vincula todas as cortes, em todas as instâncias inferiores, é o da Suprema Corte, por constituir a corte mais alta do país⁴⁶.

A partir deste sistema embasado em precedentes, assenta-se a doutrina dos *punitive damages* no *common law*, cuja origem remonta ao Direito Inglês, mais especificamente no Estatuto de Gloucester, de 1278, que estabelecia a indenização triplicada em casos envolvendo *action of waste*⁴⁷, mas, seu início pode ser efetivamente confirmado já no Século XVIII⁴⁸.

E, apesar da origem, a figura dos danos punitivos nasce na *common law*, na

⁴³ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun, p. 43-68.

⁴⁵ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun, p. 64.

⁴⁷ A *action of waste* era de natureza mista, sendo de parte real e parte pessoal, e tinha por objetivo a recuperação de propriedade imobiliária danificada pelo inquilino ou arrendatário e a imposição a este dos chamados *treble damages*.

⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Inglaterra, mas é rapidamente transferida para os Estados Unidos, onde a partir da metade do século XIX encontra um fértil terreno para sua aplicação, pois é ali onde ficou conhecido e largamente difundido⁴⁹.

Tem-se que os *punitive damages* surgem como uma forma de coibir condutas reprováveis, e, ao impor valores para além do dano, o objetivo é justamente causar um prejuízo considerável ao agente de tal sorte que não agirá de forma semelhante no futuro. É, talvez, a real aproximação a busca pela justiça e equidade que se observa nos primórdios do direito romano, como se afirmava no Digesto, “pelo mérito de que nos chamam sacerdotes, já que concretizamos o bem e a justiça, e aproveitando os conhecimentos do justo e do injusto, e separando o justo do ímpio, discernindo o lícito do ilícito, procuramos fazer as pessoas boas não só pelo medo das penas, mas, na verdade, pela promessa de remédios”.

Para maior explicitação do tema, deve-se também ser elucidado o que propriamente significa a expressão *punitive, exemplar* ou *aggravated damages*.

Nos países da *common law*, a expressão *damages* serve para designar as consequências pecuniárias decorrentes do cometimento de um ato ilícito, cuja denominação é *tort*, e, os *damages* podem assumir ainda feições ou funções. Os *punitive damages* representam, em suma, uma sanção pecuniária decorrente de um ato ilícito, que é imposta ao agente causador do dano no curso de um processo civil, quando o comportamento em questão for considerado particularmente reprovável. A quantia arbitrada a título de *punitive damages* se somará à condenação imposta pelos danos compensatórios, que são os *compensatory damages*⁵⁰.

A ideia dos danos punitivos é justamente esta, umbilicada a uma punição exemplar, e, no mesmo enfoque, evitar, pelo custo imposto ao ofensor, a reiteração do ato antijurídico e indenizável.

Para uma primeira definição aproximada de danos punitivos, pode-se dizer que, somados aos danos compensatórios, eles são concebidos para punir o causador

⁴⁹ CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. No original: la figura de los daños punitivos nace en el common law, en Inglaterra, pero rápidamente se transfiere a los Estados Unidos, donde a partir de la mitad del siglo XIX encuentra un fértil terreno de aplicación, pues es allí donde há conocido una mayor difusión.

⁵⁰ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 26-27.

do dano, em posição subjetiva, que poderia ser definida como de má-fé, por um ato particularmente grave e condenável, e em quase todos os casos trata-se de ato ilícito, com a conseqüente função de desencorajar uma ação do mesmo tipo. Essas duas funções, punir e desencorajar, são constantemente utilizadas pelos juizes americanos⁵¹.

Destaque maior às aplicações dos danos punitivos (ou *punitive damages*) são, sem maiores divagações, os casos e júris oriundos dos Estados Unidos da América, onde as indenizações milionárias, não tão comuns quanto se imagina, são fixadas em casos paradigmáticos e midiáticos e de onde sobrevém as críticas para a aplicação dos sistemas regidos pelo *civil law*.

Como exposto por Caroline Vaz, as funções dissuasória e punitiva da responsabilidade civil conhecidas pelos *punitive damages* remontam ao ano de 1763, nos casos *Hucle v. Money*, em que uma pessoa foi presa sem motivo e mantida no cárcere por seis horas. Quando do julgamento, entendeu-se por conceder uma indenização de trezentas libras excedentes para além dos danos efetivamente sofridos. Ainda, no mesmo ano, em razão de uma busca ilegal em uma residência, perpetrada por funcionários do Rei George III, em detrimento a um tipógrafo crítico deste último, determinou-se, no processo *Wilkes v. Wood* a imposição dos *punitive damages* sob o argumento de punição aos funcionários do Rei e para evitar novas violações aos cidadãos⁵².

Pedro Ricardo Serpa, contudo, traz a ideia de uma origem ainda mais remota aos *punitive damages*, vinculando-os a dispositivos legais do Direito Antigo, a exemplo do Código de Hamurabi e o Código de Manu, bem como no direito Romano e no direito inglês medieval. Neste último, diz-se que a teoria finca suas origens no período anglo-saxônico, anterior à invasão da normanda. O sistema saxão fazia distinção entre os ilícitos civis, que posteriormente deram origem aos *torts* e os ilícitos de origem criminal, que, no futuro, acabaram por se constituir como crimes, e, as más condutas

⁵¹ CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 78. No original: Para acceder a una primera definición aproximativa sobre los daños punitivos podría decirse que, agregados a los daños compensatorios, son concebidos para castigar al demandado – El sujeto dañante – por haber cometido, en una posición subjetiva que podría ser definida como de mala fe, un hecho particularmente grave y reprochable – en la casi generalidad de los casos se trata de un tort (ilícito) -, con la consiguiente función de desalentar una acción del mismo tipo. Esas dos funciones, sancionar y desalentar, son constantemente empleadas por los jueces americanos.

⁵² VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

eram sempre punidas com o pagamento de uma quantia em pecúnia, que, pela confusão entre direito civil e direito penal, tais sanções exerciam sempre, e ao mesmo tempo, funções compensatórias e punitivas. É após a invasão da normanda que o pagamento das sanções pecuniárias fora rapidamente substituído pela imposição de sanções *ameracements*, que se traduzia em uma sanção pecuniária com fito de repreender tanto os ilícitos civis como criminais, ainda interligados à época. Os abusos cometidos pelo Rei e seus representantes na imposição dessas sanções acabaram por levar o instituto ao declínio. É neste passo que, segundo a doutrina, surgem os *punitive damages*, com o objetivo de reintroduzir, na responsabilidade civil, a função punitiva⁵³.

Vê-se, a partir dos julgados precedentes e com base no explanado por Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler que a indenização adicional por dano à pessoa era referida como *exemplary damages*, cujo objetivo, para além da compensação ao prejuízo intangível sofrido como também uma punição ao ofensor. Percebe-se, contudo, que houve uma confusão entre as funções compensatórias e punitivas nas Cortes Inglesas até meados do século XIX, quando, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América, o conceito de *actual damages* (categoria que representa os danos efetivos, incluindo os compensatórios) foi ampliado abarcando também o prejuízo intangível. Em consequência, a função originalmente compensatória dos *exemplar damages* foi transferida aos *atual damages*, levando-se as cortes a falar dos *exemplary damages* em termos de *punishment* e *deterrence*⁵⁴.

Assim, ao passo que no Continente Europeu a pena privada caía em desuso, na Inglaterra vivenciava o seu ressurgimento. Todavia, nos demais países da *common law*, em especial nos Estados Unidos da América, o assunto foi objeto de grande desenvolvimento contemporâneo⁵⁵.

Não tardou para que o instituto recém desenvolvido dos *punitive damages* ultrapassasse o atlântico e chegasse aos Estados Unidos da América, onde poucos anos depois dos precedentes fixados pela *House of Lords*, foram julgados os casos

⁵³ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 28-30.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *R. CEJ*, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 15-32.

⁵⁵ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45.

Genay v. Norris e *Coryell v. Colbaugh* sendo que, nestes primeiros, os *punitive damages* atuaram como punição contra condutas propositais ou injustificadas que causaram prejuízos que extrapolavam o âmbito material. Ao longo dos anos, o instituto acabou por se desenvolver de maneira avassaladora, especialmente nos Estados Unidos da América, passando a incidir em uma série de hipóteses distintas, de tal forma que em meados do séculos XIX os *punitive damages* já haviam se transformado em uma constante no Direito Norte-Americano⁵⁶.

Por esta razão, convém um olhar minucioso ao enfrentamento dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América, sobretudo como forma de equalizar à experiência brasileira tal e qual ocorrido na Argentina.

Nos Estados Unidos da América não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages*, existindo, contudo, diversos *statutes* que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitive damages* em determinadas situações⁵⁷.

Não há que se falar, contudo, na identidade ou utilização do Direito da Inglaterra no atual modelo dos *punitive damages* dos Estados Unidos da América, seja a título de decisões seja ainda como paradigmas.

Isto porque, como em qualquer outro país independente, a dinamização das relações sociais, marca pela industrialização e pelos problemas que permeiam a sociedade, de um modo geral, passou a clamar resoluções próprias, não mais umbilicadas aos países que deram origem à colonização, por exemplo, fazendo-se necessário um instrumento próprio para a resolução de conflitos.

Apesar destas necessidades, não há que se falar em um direito norte-americano como o conhecido no Brasil. Isto porque, como assevera Alípio Silveira “cada um dos 50 Estados, assim como os territórios federais têm seu próprio direito, em face do qual o direito de todas as outras jurisdições é direito estrangeiro, cuja aplicação é determinada pelo conflito de leis⁵⁸”.

Referido autor prossegue lecionando que, como já exposto, o direito norte-

⁵⁶ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 33.

⁵⁷ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188.

⁵⁸ SILVEIRA, Alípio. *Introdução ao direito e à justiça norte-americanos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962, p 85-86.

americano tem se afastado do direito inglês, estando algumas de suas feições marcadas pela Constituição Federal. Ainda, o sistema jurídico norte-americano é calcado nos precedentes, cuja base decorre, justamente, da *common law*, sendo esse sistema conhecido na doutrina pela nomenclatura dos “*stare decisis*”.

A ideia deste sistema tem por base antecipar o entendimento judicial de determinado fato a partir de fatos análogos anteriores, levando a crer que essa regra traz maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, maior segurança nas relações jurídicas.

Especificamente nos Estados Unidos da América, as decisões proferidas por Tribunais Federais geralmente constituem precedentes obrigatórios para as cortes estaduais, ao passo que, entre os órgãos de igual hierarquia não há obrigatoriedade dos precedentes, servindo-se apenas como força persuasiva. A regra dos *stare decisis*, contudo, é flexibilizada pela possibilidade de mudança da jurisprudência, denominada *overrule* e *precedente*, sendo que, estas últimas podem ser modificadas pela própria Corte que a emanou ou por aquela marcada por hierarquia superior⁵⁹.

Adentrando ao objeto precípua do estudo, que se calca na responsabilidade civil, vale mencionar que nos Estados Unidos da América há uma divisão bastante clara entre os temas, sendo os *contracts* marcados pelas situações contratuais e os *torts* que correspondem à responsabilização pelos atos ilícitos que corresponde, a nível de direito brasileiro, a figura da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Assim é que a *Tort Law* tem por escopo proteger interesses pessoais e/ou sociais, restabelecendo a pessoa, vítima de determinado prejuízo, ao *status quo ante* (*compensatory damages*), além de punir o responsável pela prática do dano causado a vítima e dissuadir este e a sociedade geral de praticar atos semelhantes (*punitive damages* e *exemplar damages*)⁶⁰.

O *Tort Law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não

⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188.

⁶⁰ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

codificado e em grande parte não definido pela lei⁶¹.

Diferentemente ainda do sistema jurídico brasileiro, no direito norte-americano não se vislumbra o conceito de dano moral dentro das definições trazidas pela *Tort Law*.

Destaca-se que, nos Estados Unidos, o tema dos *punitive damages* é regulamentado no plano estadual, por meio de precedentes das cortes estaduais, diferentemente, portanto, do Brasil, em que é de competência da União legislar sobre matérias de direito civil.

Vale ressaltar ainda que, cabendo a cada um dos Estados a aceitação ou não dos *punitive damages* nas contendas ajuizadas, tem-se que o Estado de Nebraska veda a incidência da referida indenização, e, em Massachusetts, Lousiana, Washington e New Hampshire, a incidência só é permitida nos casos em que a lei traz previsão expressa.

Nos outros quarenta e três Estados os *punitive damages* são admitidos sem qualquer necessidade de previsão legal, sendo um remédio da *common law*, desde que configurado um comportamento grave da parte do ofensor⁶².

Por danos punitivos se deve entender as indenizações concedidas ao autor da demanda em valor superior àquele necessário para compensá-lo por danos compensatórios por conduta imprudente ou perniciosa do réu, representando assim uma soma superior a quaisquer danos compensatórios e arbitrados em situações graves.

A ideia de punição, ou de desencorajar outras ofensas, usualmente não entra na responsabilidade civil, exceto na medida em que possa levar os tribunais a balancear as coisas em favor dos interesses dos autores em determinar se um ilícito foi efetivamente cometido. Em casos onde o ato do réu foi intencional e deliberado, e teve o caráter de indignação frequentemente associado aos crimes, quase todos os tribunais vêm permitido ao júri conceder numa ação de responsabilidade civil uma indenização a título 'punitivo' ou 'exemplar', ou por vezes chamada '*smart money*'. Tais danos são concedidos em adição e em separado da compensação integral pelo dano sofrido, com o propósito de punir o agente, de ensiná-lo a não cometer o ilícito novamente, e dissuadir terceiros de seguir seu exemplo⁶³.

⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.

⁶² DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 43.

⁶³ KEETON, William Page. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984, p. 9.

Os danos punitivos são também denominados danos exemplares, danos adicionais, danos vingativos ou *smart Money*, sendo crível reconhecer que não se ligam ao prejuízo sofrido pela vítima, concentrando-se, em vez disso, sobre a má conduta do autor da infração, motivo pelo qual, tem-se, como justificativa quando da concessão a má intenção do réu⁶⁴.

Nos Estados Unidos, os *punitive damages* têm sido aplicados reiteradamente, com as peculiaridades que variam de um Estado para outro, para os casos de negligência grosseira (*gross negligence*), responsabilidade objetiva (*strict liability*), responsabilidade civil pela quebra de alguns pactos contratuais⁶⁵.

Superadas, portanto, as origens, definições e aplicações dos *punitive damages* no cenário norte-americano, iniciam-se as reflexões para os sistemas jurídicos que adotam o *civil law*.

1.3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de responsabilidade gravita na perspectiva e ideia de todos os indivíduos, e, em sentido comum, pode-se atribuir a qualidade de responsável àquele que age com capacidade decisória e consciência dos atos que pratica, evitando consequências impróprias a partir de sua própria vontade, tanto no cenário particular como no seio da sociedade em que se está inserido.

A ação irresponsável, quando não resvalar à coletividade, restringindo-se, pois, a vida do próprio indivíduo, evidentemente, não poderá ser combatida senão sob um ponto de vista moral, ao passo que, se esta mesma ação resultar em dano a um terceiro, mesmo que não se tenha previsto ou intentado aquela consequência, tornar-se-á uma ação punível.

A responsabilidade advém, antes de tudo, da própria filosofia, pautando-se na ética e na moral, e, os seus desdobramentos jurídicos implicam também em campos distintos, na esfera civil e penal, com a conseqüente diferenciação no tocante a punição a ser aplicada pelo dano causado.

⁶⁴ BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Danos punitivos: Eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos*. 2012. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6040>>.

⁶⁵ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

Ao se tratar de um primeiro sentido da responsabilidade, Judith Martins-Costa explicita que “a cultura jurídica romana recebeu, da cultura grega, a noção de *epicikia*, a qual, nomeada como *aequalitas* guardou, contudo o significado helênico de equilíbrio, harmonia, relação harmoniosa entre o todo e as partes, numa palavra, a equidade⁶⁶”. É a partir desta incorporação conceitual que se estabelece nas bases do direito romano primitivo a noção de justiça como equilíbrio, voltada a um critério de equivalência de prestações. Aduz ainda que o sentido original da palavra responsabilidade foi efeito da própria evolução, haja vista a sua raiz etimológica fixada no termo *responsum*, cuja derivação é do verbo *respondere*, tinha por função a garantia de dívida futura e não a ressonância de uma ideia de culpa. Mas, a partir da ideia de que justiça é equilíbrio, o objetivo central será justamente estabelecer este equilíbrio, não importando se adveio de culpa ou não. “É, portanto, possível afirmar que aí reside a máxima objetivação do conceito de responsabilidade, e, igualmente, seu sentido autenticamente jurídico, porquanto não se busca um culpado, mas um responsável pelo próprio fato do desequilíbrio”⁶⁷.

Também no mesmo contexto histórico, é do princípio geral do *neminem laedere* que se obtém o sentido atribuído a responsabilidade, já que a ninguém é permitido lesar a outrem sem a consequência de um dever de restituição integral dos prejuízos (*restitutiu in integrum*), cujo objetivo será o retorno ao estado das coisas anterior (*statu quo ante*).

Sob a concepção formalista, a responsabilidade civil seria fundada na ideia de justiça corretiva, e delimitada tendo a reparação como finalidade, e a correlatividade entre lesante e lesado como pressuposto de adequação para os mecanismos de reparação⁶⁸. Referida ideia advém do pensamento de Aristóteles, e tem como base o “restabelecimento de um equilíbrio previamente rompido em dada relação entre indivíduos, seja esta caracterizada por uma transação voluntária ou

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 93, São Paulo: Editora Velenich, 1991, p. 29-52, p. 34.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 93, São Paulo: Editora Velenich, 1991, p. 29-52, p. 34.

⁶⁸ D'ÁVILA TEIXEIRA, Rafael Carneiro. *Eficiência econômica e a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 24. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/27797/1/RAFAEL%20CARNEIRO%20D%E2%80%99%C3%81VILA%20TEIXEIRA.pdf>> Acesso em 30 de Março de 2022.

involuntária⁶⁹". A recomposição, neste aspecto, deve ser pensada em termos de igualdade absoluta, tornando-se assim um fundamento que explica a correção entre direito e dever e a correlatividade entre ganho e perda dos agentes envolvidos na situação concreta.

Na modernidade, Hans Jonas, diante da insuficiência que observou do imperativo categórico kantiano propõe uma reconceituação dos princípios da responsabilidade, vinculando-a a uma ação compatível com a própria permanência da vida humana sob a terra. Define, portanto, que o poder causal é a condição própria da responsabilidade, ao passo que o causador do dano deve responder por seus próprios atos. Em suma, define que "os danos causados devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mal e suas consequências não tenham sido nem previstas, nem desejadas. Basta que eu tenha sido a causa ativa"⁷⁰.

Já Paul Ricoeur, que embora não trace discordâncias relevantes ao esboçado por Hans Jonas observa que há uma necessidade de um ensaio semântico acerca da responsabilidade no cenário hodierno, definindo-a, portanto:

(...) numa época em que a vítima, o risco de acidente e o dano sofrido ocupam o centro da problemática do *direito* da responsabilidade, não surpreende que o vulnerável e o frágil sejam considerados no plano *moral* também como objeto verdadeiro de responsabilidade, como a coisa pela qual se é responsável. Mas, pode-se também atribuir a esse deslocamento do objeto da responsabilidade uma origem distinta no plano moral, em associação com a promoção da intersubjetividade como tema filosófico maior. Mais precisamente, a seguirmos Emanuel Lévinas, considera-se que a injunção moral procede de outrem e não do foro íntimo. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do cuidado, proporcionalmente à fragilidade e à vulnerabilidade própria da fonte de injunção. O deslocamento transforma-se então em inversão: alguém se torna responsável pelo dano porque, de início, é responsável por outrem.

(...)

Enunciada em termos de alcance, a responsabilidade se amplia tanto quanto se ampliam nossos poderes no espaço e no tempo⁷¹.

A responsabilidade civil, por seu turno, também encontra o seu fundamento a partir desta visão filosófica das definições de responsabilidade, e exsurge justamente

⁶⁹ D'ÁVILA TEIXEIRA, Rafael Carneiro. *Eficiência econômica e a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 24. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/27797/1/RAFAEL%20CARNEIRO%20D%E2%80%99%C3%81VILA%20TEIXEIRA.pdf>> Acesso em 30 de Março de 2022.

⁷⁰ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006, p. 165.

⁷¹ RICOEUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 54-55.

para que haja uma imediata contenção das ações que se fundam em um mau uso da liberdade individual, cuja consequência será a obrigação do causador do dano em reparar o dano causado ao terceiro.

Compreendia-se, assim, que os conceitos de responsabilidade e liberdade eram intimamente relacionados, um servindo de fundamento ao outro, e, para o controle do exercício inadequado da liberdade individual, percebeu-se que os sistemas de responsabilização vigentes na Europa Continental eram inadequados. E, a partir desta inadequação e da impossibilidade dos sistemas até então vigentes, voltados a vingança familiar ou modelos mais rígidos, servirem como o regramento que se buscava no instituto da responsabilidade civil, a sociedade francesa desenvolveu um sistema mais maleável, com mecanismos menos engessados do que aqueles previstos na tipificação delitual, que pudesse assim impor a responsabilização individual que tivesse por causa o uso abusivo das liberdades individuais⁷².

Assim, surge o modelo francês, “elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa⁷³”, sendo despiciendo ao legislador tipificar os atos ilícitos, diferenciando-se assim do direito romano e da tradição germânica. Por conseguinte, esta ausência de distinção das ideias de ilicitude fez com que fosse necessária a construção dos pressupostos da responsabilidade civil através de julgamentos de casos concretos:

a jurisprudência francesa lastreou os fundamentos da responsabilidade civil em importantes parâmetros objetivos, tais como o dano direto e o nexo causal, analisados a partir de cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos. Não obstante tais mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo para considerar como dano a violação de qualquer interesse, ainda que meramente econômico, desde que fosse legítimo e certo. É inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial.

Neste contexto, a responsabilidade civil foi disciplinada com fundamento em três princípios basilares, a saber: o universalismo, na tentativa de uma construção de

⁷² SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 136-138.

⁷³ FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 19.

um princípio geral para a imposição de indenizar, o individualismo, com escopo de obrigar apenas o indivíduo responsável pelo ato danoso a reparar o prejuízo causado, e, por fim, o moralismo, onde a obrigação de indenizar recairia sob os indivíduos que apresentaram um desvio de conduta, sendo este desvio caracterizado pela noção da culpa⁷⁴. Pode-se dizer, portanto, que foi à luz destes três princípios que se deu a redação dos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês, pautando-se na responsabilidade individual, responsabilidade fundada na culpa e, por fim, o paradigma reparatório/ressarcitório.

É neste sentido, inclusive, que como exposto por Anderson Schreiber, a culpa se torna a categoria nuclear da responsabilidade civil, posto que a ideologia liberal e individualista da época impunha a construção de um modelo de responsabilidade que tivesse por fundamento o mau uso da liberdade. A partir de então, responsabilidade e liberdade se tornam intimamente vinculadas, ao passo que uma serve de fundamento para a outra⁷⁵.

A responsabilidade civil por culpa pode se apoiar num duplo fundamento, qual seja, o da culpabilidade, como a atribuição de um fracasso e na justiça corretiva, que remete a uma ideia de um sistema de direitos e deveres, e, quando uma pessoa causa prejuízo a outra, surge então o dever de retificá-los, como uma verdadeira expressão da igualdade moral.

Por outro lado, existe também a responsabilidade civil decorrente do próprio risco, em que a culpa não é tida como elemento fundamental para a responsabilização do agente. É o que acontece no caso da responsabilidade civil objetiva, em que, pelo risco da própria atividade, acaso o dano ocorra, o proprietário é obrigado a indenizar. Pelo princípio do risco como fundamento, destaca-se:

Este princípio é bem sintetizado por um adágio muito antigo, *primum non nocere*, em primeiro lugar não fazer o dano. (...) com o princípio do risco a ênfase é posta na causação, ou em casos especiais na mera atividade desenvolvida. Como justificativa desta responsabilidade sem culpa afirma-se que quem causa um dano, ou quem exerce determinadas atividades, deve reparar os danos sofridos pelas outras pessoas, porque se o ordenamento reconhece ou atribui a cada um de nós direitos incidentes sobre a nossa própria pessoa ou sobre determinados bens externos, não devem ser

⁷⁴SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 138.

⁷⁵SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

toleradas violações deles, mesmo quando a pessoa responsabilizada tenha procedido com todos os cuidados exigíveis⁷⁶.

Pode-se dizer, portanto, que a responsabilidade civil tem como fundamento os princípios da culpa e do risco, encontrando seu fundamento ainda no *neminem laedere*, sob o aspecto de que todos deverão ser responsáveis pelos danos que causarem a outrem como forma de restabelecer o equilíbrio social.

1.4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS PERSPECTIVAS ATUAIS

Se os fundamentos da responsabilidade civil estão atrelados a um controle dos indivíduos, a fim de que ajam sem causar danos aos demais, partindo-se da ideia de que todos são responsáveis por todos, quando da ocorrência de um determinado dano haverá, por conseguinte, a obrigação de reparar, valendo-se da culpa do causador do dano ou, para os casos em que a responsabilização prescindir de culpa, a exemplo do que consta no artigo 927 do Código Civil, em que o causador do dano responde, ainda que sem culpa, as funções da responsabilidade civil estarão voltadas ao restabelecimento de equilíbrio das partes envolvidas.

Durante muitos séculos, nos países de tradição romano-germânica, cuja influência dos conceitos da justiça corretiva aristotélica, que foi resgatada por São Tomás de Aquino, entendeu-se que o fenômeno da responsabilidade civil só admitia uma solução, que era, justamente, a fixação de uma indenização após o evento danoso, cujo valor deveria ser equivalente ao dano⁷⁷.

Como definido por Karl Larenz⁷⁸, aquele que causa o dano viola, necessariamente, uma ordem jurídica que serve de proteção a coletividade. Assim, haverá a necessidade de reparação deste dano, que se justificará, diferentemente da punição dirigida ao indivíduo no direito penal, pela distribuição justa dos danos que foram ocasionados. É bem claro, portanto, que se entende pela limitação da responsabilização à exata medida e extensão do próprio dano.

⁷⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 457.

⁷⁷ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 7.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Civitas Ediciones S. L.: Madrid (Espanha), 1985, p. 118-119.

Partindo-se dos fundamentos que foram expostos no subcapítulo anterior, advindos do Código Francês, restou estabelecido como último paradigma dos fundamentos da responsabilidade civil a ideia do caráter reparatório/ressarcitório, limitando-se o sancionamento aos estritos limites do prejuízo suportado pelo ofendido. Isto se deu em razão da repartição entre as responsabilidades criminal e civil, que não se verificava bem diferenciada nos códigos primitivos, e, justamente pela necessidade de mudança nos sistemas de responsabilização anteriores, restou estatuída naquele momento estas duas funções, mostrando-se, inclusive, em conformidade aos apelos sociais e temporais da época.

É desta influência, inclusive, que advém o brocardo francês *tout le dommage, mais rien que le dommage*, cujo significado é todo o dano, mas não mais que o dano, resultando assim na ideia de que qualquer reparação que vá além da extensão do próprio dano ultrapassa o espectro da função reparatório e ruma para uma função punitiva ou preventiva, saindo, por consequência, do campo da reparação integral⁷⁹.

Nesta tradicional função, reparatória/ressarcitória, haverá a imputação a alguém do dever de reparar, ressarcir ou indenizar um dano que tem como origem a violação de uma obrigação ou de um dever primário, mais especificamente, de não lesar o próximo, a partir das ideias já concebidas de responsabilidade. Assim, o ressarcimento do dano através de uma soma em dinheiro ou o restabelecimento da situação anterior através de providências específicas podem ser consideradas do mesmo gênero, traduzindo-se em função reparatória da responsabilidade civil, onde o papel premente do instituto será restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico que restou alterado pelo dano. Este sistema, contudo, não tem condão de reprimir ou mesmo punir a conduta danosa do agente causador do dano, razão pela qual a fixação do montante indenizatório se volta exclusivamente para a figura da vítima, que será indenizada exclusivamente à medida de seu prejuízo. Pode-se dizer, portanto, que a simples reparação do dano não leva em consideração a gravidade da conduta do ofensor⁸⁰.

⁷⁹ FAMPA, Daniel Silva; SILVA, João Vitor Penna. A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord); SANTANA, Ágatha Gonçalves. *Responsabilidade civil no século XXI e a construção dos direitos de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-155, p. 137.

⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 223-225.

Essa assertiva fica clara a partir do pensamento esposado por Maria Celina Bodin de Moraes, ao afirmar que a constitucionalização do direito dos danos impôs uma releitura da função da responsabilidade civil, cujo foco deixou de recair sobre o agente causador do dano, que pelo ato deveria ser punido, deslocando-se então para a figura da vítima do dano, que passou a merecer a equivalente reparação. Assim, entende-se que a figura punitiva perde a importância no âmbito cível, deslocando-se para a esfera penal⁸¹.

É fato, contudo, que desde as modificações trazidas ao instituto da responsabilidade civil pelo Código Francês, a sociedade já passou por novos momentos e por desenvolvimento das próprias relações sociais. Assim, se no cenário passado os modelos primitivos, especialmente aqueles oriundos do Direito Romano, não se mostravam mais suficientes para uma ideia e tutela plena da responsabilidade, também hoje a ideia exclusiva de uma responsabilidade civil apenas de cunho ressarcitório não se mostra mais suficiente.

Quando se pensa nas perspectivas modernas da responsabilidade civil, até mesmo a figura do dano passa a ser ponto de debate. Isto porque, pelo princípio contido no artigo 186 do Código Civil, o dano é figura elementar para a caracterização da responsabilidade civil. Este fato e necessidade era assente na própria doutrina, que não admitiu, por um longo período, a ideia de responsabilidade civil sem dano:

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar⁸².

Contudo, é a partir da revolução tecnológica e industrial que existe uma maior possibilidade de acidentes e riscos, havendo também a necessidade, mais recente, até mesmo em relação a dados que estão inseridos em ambientes virtuais. Nesta linha evolutiva que novas transformações são impostas na dogmática da responsabilidade civil, novamente se vislumbra uma aparente crise da responsabilidade civil, com a

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331.

⁸² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

expansão de danos ressarcíveis, a ponto de se incluir as próprias ameaças de dano como passíveis de tutela pelo instituto.

Configurou-se, então, a modificação da ideia de dano atrelado obrigatoriamente a um ato ilícito para o conceito de dano injusto, cuja definição mais clara é encontrada na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, restando configurado “ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida⁸³”.

Afasta-se assim, em uma verdadeira releitura conceitual, a identificação do dano em sua acepção jurídica com o prejuízo material, consagrando-se o conceito de dano como uma lesão a um interesse juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico. Ato contínuo, não mais se identifica o dano injusto com um ato ilícito, já que a injustiça do dano estará na consequência gerada pelo próprio dano, podendo ser conceituado então o dano como lesão objetiva a interesse merecedor de tutela, afastando-se, por consequência, indenizações por meros aborrecimentos.

Em estudo sobre o tema, Nelson Rosenvald assevera pela impossibilidade de reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparadora, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. Explica que a responsabilidade civil tem uma função de verdadeiro controle social e difusos, especialmente quando do fomento de atividades lesivas⁸⁴.

Assim, conclui-se que a responsabilidade civil ampliou então os seus limites, para dar realce não ao dano já consumado e à sua reparação, mas ao próprio bem jurídico e à sua preservação. Desta forma, a prevenção do dano para que não seja necessária a reparação se mostrou como um novo enfoque para uma renovada responsabilidade civil. Não se trata, neste cenário, de uma desvalorização do papel tradicional que foi e ainda é desempenhado pela responsabilidade civil, mas sim de reconhecer que a prevenção pode ser preferível às próprias partes, vítima e agente causador⁸⁵.

⁸³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 226-227.

Apresenta-se, portanto, mais uma função atrelada a responsabilidade civil para além do caráter reparatório/ressarcitório, sendo, *in casu*, também a função preventiva, que advém em um contexto de despatrimonialização do direito civil passando pela preocupação integral com a proteção da pessoa, tendo em vista que “a tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais⁸⁶”.

É neste contexto e diante destas necessidades sociais que se pode dizer que a responsabilidade civil é uma expressão fluida como os tempos atuais. Pode, neste cenário, também exprimir uma ideia de reparação, como no modelo clássico, e, igualmente, diante dos novos anseios e necessidades sociais, vincular-se a ideias voltadas a prevenção, precaução ou punição. Para se adaptar, portanto, à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade civil se mostra maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal⁸⁷.

Ao reflexionar acerca de uma responsabilidade civil voltada a prevenção e a precaução, partindo do modelo tradicional, aparentemente, torna-se de difícil percepção a ideia que se busca tutelar. Aliás, é como se a responsabilidade civil fosse tratada e perfectibilizada antes mesmo da ocorrência de um dano, haja vista que a ideia de precaução implica em juízo de evitar a ocorrência de um dano.

Mas, a ideia de um novo contorno, voltado à precaução, justifica-se a partir do próprio contexto da sociedade moderna, em que muito se fala em risco, e, o medo e a insegurança parecem tomar conta dos indivíduos, que buscam, cada vez mais, proteção, seja em suas casas, trabalhos, seja ainda em relação ao seu próprio corpo. O objetivo é evitar, a todo e qualquer custo, qualquer tipo de dano ou mesmo violência. E, no mesmo passo, busca-se, igualmente, proteção contra os riscos patrimoniais que esta sensação de temor traz.

⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768.

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

E, uma forma de contextualizar a responsabilidade civil, nesta nova era, é mediante a utilização do conceito desenvolvido por Ulrich Beck de “*sociedade de risco*”.

De acordo com o citado autor, o risco torna-se a causa e o meio da transformação social, estando estreitamente associado – o que o torna decisivo para a reformulação dos conceitos fundamentais da sociologia – às novas formas de classificação, interpretação e organização do nosso quotidiano, à nova maneira de viver e configurar a sociedade com vista à presença do futuro⁸⁸.

Para enfrentar estes riscos e ameaças iminentes, que são, inclusive, incertos, já que apenas se conhece a possibilidade de que aconteçam, é que se entende pela necessidade de introduzir o princípio da precaução. Os parâmetros da responsabilidade civil passam a ser repensados em uma era marcada por acontecimentos aleatórios, que dificilmente são previsíveis, ainda que em situações planejadas. Surge também neste contexto a diferenciação entre a ideia de responsabilidade civil preventiva e de precaução, que devem ser assim definidas:

(...) princípio da prevenção vai ser aplicado quando o risco de dano é concreto e real. Na verdade estamos diante do perigo, que é o risco conhecido, como, por exemplo, o limite de velocidade nas estradas ou os exames médicos necessários que antecedem uma intervenção cirúrgica. (...) Já o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos, e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. É o ‘risco do risco’⁸⁹.

Mas, como toda mudança paradigmática, a ideia de responsabilidade civil preventiva ou precaucional, antecessora ao próprio dano, encontra inúmeros entraves doutrinários e críticas veementes, tendo em vista a dificuldade de se imaginar uma responsabilização sem dano, e, igualmente, a ideia de uma possível confusão entre direito civil e direito penal, como disciplinado por Rui Stoco, conforme excerto transcrito abaixo:

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal – que nem sempre exige um resultado para estabelecer a punibilidade do agente (ex.: nos crimes de mera conduta ou simples atividade e nas hipóteses de mera tentativa) – no âmbito civil esse resultado é indispensável e se apresenta como condição *sine qua*

⁸⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. 1. ed. Lisboa: Almedinas, 2015, p. 34

⁸⁹ LOPES, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, São Paulo: USP, 2010, p. 1223-1226.

non, ou seja, imprescindível e inafastável, sendo certo que é a extensão ou o quantum do dano que dá a dimensão da indenização. No âmbito civil, portanto, sem o dano poderá existir ato ilícito, mas não nascerá o dever de indenizar, de modo que a só conduta que contrarie a norma preexistente – a conduta antijurídica – não é suficiente para empenhar obrigação. Aliás, qual seria a consequência de um ato ilícito praticado por alguém que não tenha causado dano ou prejuízo a outrem? Dúvida não ressuma, portanto, de que o dano é, sem discepção, pressuposto da obrigação de reparar e circunstância elementar da responsabilidade civil. Diante disso, somente danos diretos e efetivos, para efeito imediato do comportamento do agente, encontram na legislação em vigor suporte de ressarcimento⁹⁰.

Com a devida *vênia* ao esposado pelo citado autor, os rumos da própria sociedade não admitem que se afaste a ideia de uma responsabilidade civil pautada em prevenção e precaução, sobretudo, como já dito, por se viver numa era de riscos, que é consequência da própria evolução, tanto social como do próprio direito, que busca a tutela efetiva do indivíduo, mostrando-se muito mais condizente evitar o dano que apenas repará-lo, e, se diante de um risco de dano que se tutela na ideia de precaução, em que o ofendido será, para além do próprio indivíduo, mas a sociedade como um todo, reside também neste aspecto a necessidade desta mudança de paradigmas, tutelando a sociedade em geral. Se não há meios, e, tampouco lógica para retroceder todo avanço tecnológico que se viu até a modernidade, não há razão para que a responsabilidade civil não acompanhe.

Para além dos debates acerca da responsabilidade civil pautada em prevenção e precaução, voltando-se a necessidade de uma aplicação punitiva da responsabilização civil, Ricardo Dal Pizzol esclarece que o modelo da justiça corretiva aristotélica, que tem por base a fixação de uma indenização equivalente ao dano não se mostra mais como uma solução necessária. Isto porque, o evento danoso deve ser encarado como uma questão social e não mais uma questão individual, justamente pelo fato das transformações sociais que se vive no curso dos séculos, fazendo com que seja necessário indagar qual seria a melhor resposta ao problema segundo os interesses da sociedade em geral. É a partir daí que se vislumbra a possibilidade da reinserção da ideia de punição no campo da responsabilidade civil⁹¹.

Neste mesmo desiderato, Nelson Rosenvald também reconhece que importantes pensadores do direito compartilham esse pensamento mais amplo, que

⁹⁰ STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. *Revista dos Tribunais*, v. 975/2017, p. 173-184, jan./2017, p. 174.

⁹¹ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 7.

tem como objetivo retomar a vocação originária para a responsabilidade, em sua aptidão de sancionar a violação das regras de comportamento, explicando que para estes autores a responsabilidade ainda é uma ferramenta poderosa para o direcionamento de condutas humanas e garantia de coesão social. Assim, esclarece que se as regras fundamentais da convivência são derogadas, torna-se imprescindível que o causador do dano seja sancionado em prol do interesse geral. É justamente esta, portanto, a vocação da responsabilidade civil⁹².

Mostra-se crescente, tanto na doutrina como na jurisprudência nacional, a afirmação de que a responsabilidade civil também desempenha uma função punitiva-pedagógica, particularmente no que se refere à reparação dos danos morais, sendo frequente, igualmente, em decisões, de primeiro e segundo grau, a ampliação da função ressarcitória da responsabilidade civil⁹³.

Deve-se ter em conta, portanto, que também a função punitiva tem sido palco de discussões na atualidade em relação às funções da responsabilidade civil, especialmente, pelos contornos voltados à efetiva reparação do dano, além, de controle dos danos. A matéria será abordada no terceiro capítulo do trabalho.

E, por fim, neste cenário de funções da responsabilidade civil, faz-se necessário elucidar a função que o próprio dinheiro exerce em meio ao instituto, já que se pode pensar se outros meios de reparação também não seriam eficazes.

Em explanação sobre o tema, Othon de Azevedo Lopes elucidava que o dinheiro como forma de reparação tem como função a reafirmação do direito de forma mais persuasiva, inclusive para o próprio sistema econômico, haja vista muitos danos na atualidade serem causados por grandes conglomerados de empresa, inclusive a nível ambiental. O Judiciário, portanto, converte regras jurídicas em sanções pecuniárias a partir da característica do dinheiro, como um meio de comunicação não linguístico, capaz de comandar e de coagir. Também, o Judiciário, por subsunção, faz com que ilícitos e danos sejam fontes da obrigação de indenizar pela facilidade que os acréscimos, como a correção monetária e os juros de mora, possam ser agregados, tanto como compensação pela dilatação da reparação no tempo, o que faz com que

⁹² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

⁹³ SANTOS, Romulado Batista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Porto: Juruá, 2018, p. 107.

o dinheiro extinga a obrigação e, igualmente, compense o tempo necessário para a prestação da tutela jurisdicional⁹⁴.

Entende-se que as indenizações em dinheiro se mostram essenciais, tanto no dano patrimonial, pela estreita ligação com o próprio lucro, como também no dano moral, possibilitando a substituição de uma liberdade situada no âmbito da autonomia por outra que remete ao consumo com a perspectiva de minoração do sofrimento da vítima, podendo gerar, inclusive, uma discussão por um paradoxo tão complexo. Contudo, em uma sociedade marcada pelo mercado e pelo objetivo crescente de lucro, certamente a melhor forma de conter a sociedade e minimizar o risco de danos é determinar a reparação no fomento, em alguns casos, do próprio dano, que é o financeiro.

⁹⁴ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 321.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Rever o passado, seja no campo de estudo das ciências exatas ou sociais, é tarefa necessária quando se busca entender os motivos pelos quais o presente se apresenta da forma como posto, já que é através deste movimento que se percebe não só o quanto a sociedade evolui, mas, acima de tudo, a partir de qual base a evolução se concretiza, bem como os motivos que tornam a evolução possível.

É justamente por isso que não se pode falar em responsabilidade civil sem que se rememore as bases em que foi calcada e os motivos que ensejaram não só a evolução, como também a mudança de alguns paradigmas, em especial a efetiva função que apresenta em tempos atuais a partir dos movimentos evolutivos que são conhecidos no curso dos séculos.

Aliás, a própria expressão responsabilidade civil é reconhecidamente uma das tantas modificações que são passíveis de se verificar neste campo de estudo. Isto porque, a palavra responsabilidade que se difunde na doutrina jurídica contemporânea, em verdade, não se tinha em Roma, embora no direito romano seja possível encontrar as raízes. Originalmente, a palavra latina *respondere* provinha de *spondere*, que significa prometer, ao passo que, uma vez prometido, em um segundo intercâmbio de palavras, o *sponsor* é obrigado a *respondere* pela dívida ou garantir o prometido, vinculado a uma relação contratual, mas, nunca foi utilizada no direito romano. Ato contínuo, o *ius commune* também não utilizou a palavra responsabilidade⁹⁵.

O conceito de responsabilidade é produto do pensamento jurídico moderno e começa a aparecer no século XVI, com Grócio, que delimitou o campo que hoje é denominado de responsabilidade extracontratual, ainda que sem dar um nome ou quicá perceber claramente que estava criando uma instituição jurídica⁹⁶.

E é neste cenário evolutivo, tanto do ponto de vista linguístico como pela dinamização e modernização das relações sociais, sobretudo pelo avanço da própria

⁹⁵ GRANDA, Fernando Trazegnies. ¿Igualando lo desigual? *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, n. 1, fev. 2011, p. 18.

⁹⁶ GRANDA, Fernando Trazegnies. ¿Igualando lo desigual? *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, n. 1, fev. 2011, p. 18. No original: El concepto de responsabilidad es producto del pensamiento jurídico moderno y recién comienza a aparecer en el S. XVI con Grocio, quien delimitó el campo de lo que hoy llamamos responsabilidad extracontractual, aunque sin darle un nombre y quizá sin percibir claramente que estaba creando una nueva institución jurídica

internet, as tutelas específicas, a exemplo, das relações de consumo, normatizadas pelo Código de Defesa do Consumidor e a impossibilidade de se viver privado de qualquer relação com os demais indivíduos, que traz sempre à voga situações que desaguam para resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, e a responsabilidade civil é o ramo do Direito que norteia algumas situações, a exemplo, os danos de natureza extrapatrimonial.

Durante o século XX os historiadores propagaram a ideia de que as relações sociais mais antigas tinham suas próprias modulações e as relações fluíam de maneira uniforme, a ponto de se acreditar que essas culturas não mudavam e seguiam sempre o mesmo ritmo e direção. Com o passar dos anos, no entanto, reconheceu-se que acontece justamente o oposto nas sociedades, cujas transformações podem ser motivadas por fatores externos ou mesmo pelas próprias transições ocorridas na dinâmica interna das relações sociais, diferindo assim as regras criadas pelos homens, mutáveis, daquelas regidas pela Física, normalmente, livres de inconsistências⁹⁷.

Neste cenário em que se torna evidente que as transformações, sobretudo de regras, advêm das próprias necessidades humanas, que, como esposado por Norberto Bobbio, o homem se insere em um ambiente hostil, tanto em face da natureza quanto em relação aos seus semelhantes, a busca para evitar o caos por esta hostilidade advém a partir de técnicas de sobrevivência, que, para proteger o homem da relação hostil com o próprio homem, passa a criar um sistema de regras, visando minimizar os impulsos. Estas regras serão essencialmente positivas ou negativas, cujo escopo será obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, recorrendo, neste último caso, às sanções, que no curso da história se rememora os *Dez mandamentos*, lei inscrita na consciência do indivíduo ou seja, da própria natureza humana, e, igualmente, aqueles que deram sustentáculo a evolução legislativa das sociedades modernas, desde o *Código de Hamurabi* até a *Lei das XII Tábuas*⁹⁸.

Direcionando o campo de estudo à responsabilidade civil, necessário discorrer sobre a sua evolução, e, neste caminho, percebe-se que a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito

⁹⁷ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 171-172.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

e lhe constitui elemento animador. É justamente por isso que, até hoje, não se pode estabelecer uma teoria unitária e permanente do instituto, que se mostra dinâmico, adaptando-se e se transformando para que a qualquer tempo e época seja meio hábil a restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano⁹⁹.

Nas sociedades primevas, pode-se dizer que, diferenciando-se da teoria tradicional, em que, na responsabilidade civil estão assentes o dano, a culpa e o nexo de causalidade, havia um comportamento instintivo do ser humano, culminado assim em uma resposta de toda a sociedade contra o causador do prejuízo em um sistema de vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”¹⁰⁰.

A mais antiga codificação de que se tem notícia ao longo da história da civilização humana é o *Código de Ur-Nammu*, colocado em vigor por *Ur-nammu*, presumido fundador da terceira dinastia de *Ur*, do país dos primitivos povos sumerianos. Aliás, referido código é mais antigo que o *Código de Hamurabi*, havendo, aproximadamente, trezentos anos de diferença entre ambos, o que só foi descoberto em 1952. No *Código de Ur-Nammu*, elaborado em tempos tão remotos da civilização, foi possível identificar dispositivos que adotavam o princípio da reparabilidade do que, na atualidade, nomina-se dano moral. Assemelhando-se um pouco à *Lei das XII Tábuas*, a reparação pelos danos morais parece ater-se quase exclusivamente aos danos decorrentes das puras dores físicas. Isto significa, portanto, que no *Código de Ur-Nammu*, tão pretérito, o direito de vingança crua e simples já havia sido substituído pela reparação compensatória¹⁰¹.

Verifica-se, portanto, para além de se apresentar a codificação mais remota de que se tem notícias, o código oriundo do povo sumeriano já trazia uma ideia de responsabilidade civil em modelo semelhante ao da atualidade, mas, em decorrência de uma descoberta tardia, coube a outros ordenamentos servirem de inspiração e progredirem no curso dos séculos para inspirarem o modelo hodierno.

E, neste caminho, institucionalizando o caráter punitivo cotidiano para as primeiras civilizações em detrimento do instituto do ressarcimento, o Código de

⁹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 16-17.

¹⁰⁰ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

¹⁰¹ DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle, p. 77-79.

Hamurabi consagrava o princípio do olho por olho, dente por dente, que, mais tarde foi sacramentado pela Lei de Talião. É perfeitamente visível que a legislação de Hamurabi se calcava, antes de tudo, em uma noção de estrita vingança delimitada pelo Estado¹⁰².

Aproximadamente 1.770 anos antes de Cristo, o Código de Hamurabi regulou a vida das pessoas submetidas ao governo da primeira dinastia babilônica na região da Mesopotâmia. Em referido código, mais precisamente em seu art. 127¹⁰³, pode-se encontrar a disposição relativa à reprimenda do que, na atualidade, entende-se por dano moral. Além do dispositivo em questão, outros também dispõem acerca do pagamento de indenizações em dinheiro, nominados de siclos ou mina¹⁰⁴.

No direito hebreu, a exemplo, tinha-se como principal fonte de regulamentação social, e, pode-se dizer, a maior fonte do direito, nos dez mandamentos de Moisés, cujas regras são chamadas de leis mosaicas. No que diz respeito a figura da responsabilidade, pelo princípio das próprias leis e inspirações divinas, entendia-se como dever do homem seguir os mandamentos de Deus, à vista do pacto celebrado por Moisés em nome do povo escolhido. Desta forma, para o povo hebreu, a figura da responsabilidade estava diretamente ligada a um possível pecado, ressaltando que o erro cometido não tinha que ser apenas de cunho material, sendo o dano entendido, na verdade, em um verdadeiro sentido espiritual e imaterial¹⁰⁵.

Já na Grécia Antiga é que se inicia a ideia de uma responsabilidade preventiva, a partir de um cenário evolutivo. Em tempos remotos, assim como em outras civilizações da antiguidade, não havia um conceito claro de responsabilização, tampouco uma diferenciação específica entre ilícito penal e civil. Nas origens da composição dos danos, na Grécia, imperava a vingança, que podia ser exercida em um campo coletivo ou privado, recuperando um objeto de furto e executando o responsável pelo ilícito. É neste contexto, de justiça privada, que surge a arbitragem e a composição episódica do dano, e, ao passo que se inicia o desenvolvimento e a formação das cidades, inicia-se também o debate judiciário, e, crimes como o furto passam a ser sancionados com uma indenização. Com a introdução de moedas nas

¹⁰² VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

¹⁰³ “Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e rapar-lhe-ão a metade do seu cabelo”.

¹⁰⁴ BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 26-27.

¹⁰⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 22.

Cidades-estados gregas, a reparação passa a ser padronizada em dinheiro e a indenização passa a ser baseada em uma composição por estimativa monetária do dano.

No tocante aos pensamentos voltados a responsabilidade em si, o primeiro ponto de elaboração foi a ideia de ákrassia, em que se acreditava que o homem era um mero brinquedo nas mãos dos deuses, e, por consequência, não tinham responsabilidade por seus próprios atos. Contudo, os sofistas passaram a questionar referido sistema, sob o argumento ético-racional que se iniciava na teoria grega. Passa-se então a ideia de prevenção como cerne do sistema penal sofista, e, entende-se que a melhor punição ao infrator seria aquela que o impedisse de reincidir e dissuadisse o inocente de cometer um crime. É a partir deste ponto que surge o interesse pelos aspectos subjetivos da responsabilidade¹⁰⁶.

Ainda no contexto da Grécia Antiga, necessário expor pensamentos de Platão e Aristóteles, que, mais tarde, também servirão de influência aos teóricos da responsabilidade, cujas inspirações, ainda na atualidade, serão verificadas no campo da responsabilidade civil.

Para Platão, a ideia de pena ou responsabilização preventiva só poderia ser aplicável e eficaz aos passionais, que poderiam aprender com ela e que a receberiam como uma espécie de medicina da alma. Contudo, aos demais, considerados imorais, a pena não teria qualquer efetividade, já que, pela própria natureza, praticariam crimes por serem controlados apenas por instintos, ao passo que, os sábios, cujas ações eram pautadas sempre na razão, não praticariam crimes justamente por isso. Considerava assim, em qualquer das duas hipóteses, que a pena seria um ato de justiça e o fim último seria, justamente, a recomposição da lei¹⁰⁷.

Aristóteles, por sua vez, em sentido totalmente antagônico a Pitágoras, pautou-se em um modelo de justiça corretiva, ainda muito utilizada na atualidade, entendendo que a justa medida da pena seria uma reciprocidade proporcional e não exatamente igual, e, a pena assumia então uma ideia de reequilíbrio da lei. Sua inovação marcante foi justamente a formulação de um pensamento ético fundado na

¹⁰⁶ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 27-29.

¹⁰⁷ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 32.

conduta do homem, o que inseriu o indivíduo nas considerações sobre a responsabilidade¹⁰⁸.

Aqui será traçado o contexto histórico de três momentos do direito, iniciando-se na base que inspira a tradição jurídica da *civil law*, no caso, o direito romano, após, as modificações no campo da responsabilidade civil no contexto do direito canônico, e, ao cabo, já se traçará as linhas gerais para a evolução legislativa pátria até a inserção do dano extrapatrimonial como figura elementar e passível de indenização.

O direito romano, contudo, não é escolhido ao acaso para estudo. Ao contrário. Partindo da ideia esposada por José Carlos Moreira Alves, o estudo de referido campo jurídico se mostra necessário, pois, o direito, diferenciando-se das ciências exatas, só pode ser estudado a partir da observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos, e, nenhum direito do passado reúne as condições que o direito romano apresenta em seus mais de 12 séculos de evolução, sendo objeto de estudo até mesmo nos países que não adotaram a tradição romanística, como a Inglaterra. Não obstante, verificou-se que dentre os 1.807 artigos contidos no Código Civil de 1916, 1.445 eram enraizados na cultura romana, o que ainda se observa também no atual Código, promulgado em 2002, já que reproduziu grande parte do anterior¹⁰⁹.

E, sendo, portanto, a responsabilidade civil esse instituto mutável e adaptável a cada época, necessário percorrer os traços evolutivos, a fim de que seja possível enxergar uma matéria passível de flexibilização e, igualmente, averiguar se estas modificações necessárias podem ter sido causa de uma interpretação distinta no direito contemporâneo, em especial quando se discute a possibilidade de implementação de uma indenização punitiva em diferentes sistemas jurídicos.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO ROMANO

O direito desempenhou papel central na sociedade romana, sendo um traço de destaque, naquele período, a vinculação do cidadão ao Estado, e, por consequência, vinculado ao jus. Afirma-se, portanto, que o direito, enquanto

¹⁰⁸ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 34.

¹⁰⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 2-3.

manifestação do poder do Estado, era uma propriedade dos cidadãos romanos, ao passo que os demais cidadãos estavam submetidos apenas ao nominado direito das gentes (*jus gentium*). Pode-se afirmar, neste contexto, que para a civilização romana, o direito é uma decorrência da justiça e da jurisprudência¹¹⁰.

Narra-se ainda que o direito romano tinha em sua base a busca por decisões boas e equitativas, daí a se afirmar que a justiça é dar a cada um o que é seu, exprimindo a ideia de um profundo juízo de equidade e prudência, legitimando assim a decisão proferida.

Aliás, são as mudanças de paradigmas e o fomento social que deram ensejo e estamparam a necessidade, diante das inconsistências e excessos óbvios existentes em uma legislação pautada em verdadeira vingança privada, de uma nova regulamentação para as situações em que se concretiza o dano.

Neste cenário, o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido¹¹¹.

Exsurge então a Lei das XII Tábuas, visando regular a conduta da sociedade durante a República Romana, contém “definições de crimes privados como o furto, o dano e a injúria, os quais eram sempre sujeitos a penas patrimoniais, que consistiam no duplo, triplo ou quádruplo do valor do dano¹¹²”.

Pode-se dizer que “mais do que a definitiva oficialização da Justiça, a Lei das XII Tábuas representa a consolidação histórica da indenização pecuniária como forma de compensação pelo dano¹¹³, surgindo de forma voluntária, a partir de composição das próprias partes, que, agora, abdicam da tentativa de vingança como outrora convencionada e se submetem a justiça estatal.

Ato contínuo, quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo o particular na atribuição de ferir o causador do dano. Evoluiu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, mas, vigorava

¹¹⁰ BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021, p, 161.

¹¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 19.

¹¹² BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 27.

¹¹³ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

ainda a problemática neste cenário no que diz respeito a critério tarifário para determinados danos¹¹⁴.

Em que pese toda evolução evidente, neste primeiro cenário, ainda não havia distinção entre pena e reparação, que, conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves, “somente começou a ser esboçada no tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. Nos delitos públicos a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos e, nos delitos privados, a pena em direito cabia à vítima”¹¹⁵.

Essa diferenciação entre os direitos penais públicos e privado, determinou a distinção entre *delicta* e *crimina*. Durante a época clássica, o primeiro era o fato ilícito punido com a pena privada e o segundo era o fato punido com a pena pública¹¹⁶.

Cabe distinguir então que os delitos públicos eram aqueles considerados de elevada importância social, a ponto de justificar a persecução direta, pelo próprio Estado, em Tribunais especiais, visando a aplicação de uma pena pública, que podia consistir na morte, castigos corporais ou multa, ao passo que, os delitos privados causavam danos à honra, a integridade física ou aos bens do indivíduo, sendo que, a diferença marcante entre as duas modalidades de atos ilícitos é que neste caso, a vítima poderia intentar uma *actio* para obrigar o ofensor a pagar uma pena privada, sem prejuízo ainda do ingresso com ação para o ressarcimento do prejuízo¹¹⁷.

Interessante observar que no cenário contemporâneo se vê a diferença com o direito romano, haja vista que, atualmente, o delito é uma violação da norma penal, punida em razão de uma ação movida por órgão estatal, ao passo que, os ilícitos civis são aqueles atos que culminam, ao autor, na obrigação de indenizar, extracontratualmente, a vítima, não se falando em pena, mas em ressarcimento do dano. Contudo, o atual crime de furto era, para o direito romano, um dos delitos privados¹¹⁸.

Desdobrou-se, no passo seguinte, a concepção da responsabilidade. O Estado assumiu, ele só, a função de punir: quando a ação repressiva passou para o

¹¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 20.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

¹¹⁶ BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021, p. 158.

¹¹⁷ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 133.

¹¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 580.

Estado surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal¹¹⁹.

Apesar de toda a evolução que a Lei das XII Tábuas traz ao campo do Direito antigo, ainda se percebe a existência de determinadas lacunas e incongruências no campo da responsabilidade civil, que havia ali desabrochado em moldes mais comuns aos dias atuais.

Por esta razão, sustentam os doutrinadores que foi apenas na *Lex Aquilia* que exsurgiu a base reguladora para a reparação do dano, que se traduz na base da responsabilidade civil que, a partir desta nova fase, desvinculara-se da responsabilidade penal.

A “*Lex Aquilia*, promulgada há aproximadamente três séculos antes de Cristo, continha a proteção contra injúrias que maculavam a vítima, momento em que esta fazia jus a uma reparação em soma de dinheiro de modo a abrandar o dano sofrido¹²⁰”, percebendo-se aqui a tutela não para aquilo que o homem tenha, efetivamente, em caráter patrimonial, mas, sim os bens intangíveis, na atualidade decorrentes dos direitos da personalidade, base para a responsabilidade civil extracontratual.

Como pontua Caio Mário da Silva Pereira, foi tão grande a revolução que a ela se prende a denominação de aquiliana para designar a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Ato contínuo, atribui-se a *Lex Aquilia* a origem do elemento “culpa”, como fundamental na reparação do dano. A *Lex Aquilia*, bem assim a consequente *actio ex lege Aquilia*, destaca-se pela doutrina em matéria atinente à responsabilidade civil¹²¹.

Foi no terceiro e último capítulo da *Lex Aquilia* que se tratou do *damnum injuri datum*, que, embora tivesse sido tratado também na Lei das XII Tábuas, galgou um alcance mais amplo, tutelando as lesões a escravos ou animais e a destruição ou deterioração de coisas corpóreas. É neste cenário que se exigia que o dano fosse causado diretamente pelo agente sobre a coisa, através de contato material, cabendo ainda ao ofendido a comprovação de que a ação era dolosa ou culposa. Assim, para intentar a *actio legis Aquiliae* era preciso:

(a) Que o dano tivesse sido causado *iniuria*, isto é, contra o direito; (b) uma falta positiva (*culpa in commitendo*), por exemplo, deixar o escravo alheio

¹¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 20.

¹²⁰ BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 26-27.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 21.

morrer de fome não implicava a responsabilidade, por ser uma *culpa in omittendo*. Qualquer falta imputável ao autor era suficiente: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, (c) um dano *corpori corpore datum*, quer dizer, o dano deve ser causado por um contato direto com o corpo do autor com o da vítima¹²².

Apesar da ideia de que a *Lex Aquilia*, como já afirmado, remontou a ideia do dano e da responsabilidade civil extracontratual nos moldes que se conhece na atualidade, é imperioso explicitar que isto não foi de forma imediata.

Isto porque, contrário ao que se imagina, por ser “a lei a principal fonte do direito atualmente, poderíamos ser suscetíveis a acreditar que a principal fonte do direito romano era a lei, o que seria grave incorreção. A própria definição romana de direito exposta, inclusive, afasta-nos da primazia da lei como fonte do direito”¹²³, e é durante a vigência da *Lex Aquilia* que isso se torna bastante evidente.

Paulatinamente, a *Lex Aquilia* foi se tornando ultrapassada, fazendo com que a *iurisprudencia* surgisse ao pretor a sua extensão para diversos outros casos, além de refletir sobre o nexos causal entre a ação e o dano¹²⁴, o que se deu em virtude do aumento dos casos particulares que eram submetidos a julgamento. Evoluindo o conceito de dano, por intervenção do pretor e dos jurisconsultos, mitigou-se, no sentido de favorecer o prejudicado, o primitivo rigor do texto aquiliano, em que se figuravam numerosas condições para o exercício da ação. Desta forma, houve um abrandamento, tornando a ação possível não só quando da ocorrência do *corpore corpori datum*, como também ao *damnum non corpore datum*¹²⁵.

É neste cenário que avança a necessidade de se reconhecer o direito à reparação, ainda que sem um corpo lesado, encontrando-se fora da *Lei Aquilia* a solução através da utilização da *actio utilitatis causa*¹²⁶.

No que tange a figura da culpa neste cenário, existem inúmeras controvérsias doutrinárias, e, de um lado, defende-se que a culpa era estranha a *Lex Aquilia*, ao passo que outros, cujo entendimento se partilha, a exemplo de Caio Mário da Silva Pereira, que assim preleciona para fundamentar a assertiva:

¹²² CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 226.

¹²³ BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021, p. 156.

¹²⁴ SANTOS, Mauro Sérgio dos. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. *Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013, p. 28.

¹²⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 21.

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 21.

Apesar de autoridades respeitáveis considerarem que na *Lex Aquilia* não se inseria o elemento anímico da culpa, as Institutas de Gaio consideram-no em termos claros: *Is iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa occiderit; nec ulla lege damnum quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa aut dolo malu casu quodam damnum committit.* (...) Para que se configure o *damnum iniuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, era necessário determinar três elementos: I – *damnum*, ou lesão na coisa; II – *iniuria*, ou ato contrário a direito; III – culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa. Plantando suas raízes no direito romano, posto que timidamente, a ideia veio inserir-se no conceito de responsabilidade civil por toda a Idade Média¹²⁷.

Verifica-se através da evolução histórica do direito romano, que, muito embora não se tenha construído uma teoria da responsabilidade civil nos moldes como se estuda na atualidade, a base para o direito moderno, indubitavelmente, está arraigada o modelo que lá se produziu, originando-se as bases do instituto e até mesmo as discussões acerca da culpa, cujas origens muito além dos textos escritos, são encontradas nos próprios casos concretos.

Não fosse essa evolução e submissão de casos aos entendimentos dos pretores, talvez não se tivesse o modelo atual da responsabilidade civil, fato este que fundamenta a importância deste período para toda a base do ordenamento jurídico que se conhece.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CANÔNICO

Em recorte teórico de importante relevância, faz-se necessário ilustrar as modificações e interpretações advindas do direito romano pelo direito canônico, já que também é marcante a influência e mudança de alguns paradigmas de outrora a partir da convergência entre Império Romano e Igreja Católica.

A importância do direito canônico no estudo se mostra, tanto diante da abordagem de vários casos que constituem essencialmente danos morais com a consequente reparação, e, mais ainda pelo fato de que, no Brasil, antes da vigência do Código Civil de 1916, por força da Lei de 06/10/1784 e por certo pela influência da Igreja Católica desde à colonização, as normas previstas naquele código eram aqui impostas¹²⁸.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 23.

¹²⁸ DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle, p. 98.

Na atualidade, a nível nacional, restou estatuído pela Constituição Federal de 1988 o princípio da laicidade do Brasil, especialmente disposto no art. 5º, inciso VI, separando-se o Estado da religião no que diz respeito aos atos legislativos e governamentais.

No contexto histórico, a religião, para além de fazer parte da cultura de nações, foi, durante muitos séculos, tema de conflitos e guerras entre povos, e, curiosamente, dentro do próprio Império Romano, tendo em vista que, professando o politeísmo, “o único deus que, durante muito tempo, os romanos se recusaram a tolerar foi o deus monoteísta e evangelizador de cristãos. O Império Romano não exigia que os cristãos abdicassem de suas crenças, mas esperavam que eles respeitassem os deuses protetores do império e a divindade do imperador.¹²⁹”

Apesar das tentativas do Império Romano, os cristãos não cederam as suas vontades, ensejando assim uma perseguição daqueles que eram entendidos como uma facção politicamente subversiva, e, nos 300 anos entre a crucificação de Jesus Cristo até a conversão do imperador Constantino, os imperadores romanos politeístas iniciaram não mais que quatro perseguições gerais aos cristãos¹³⁰. Isto porque, em razão da não submissão dos cristãos às determinações do Império Romano, “e com o reconhecimento da autonomia do cristianismo, aplicou-se o que dispunha o direito romano sobre as religiões novas e ilícitas: era o fato de ser cristão punido com a morte”¹³¹.

Curiosamente, no entanto, como citado, houve a conversão de Constantino e o marco histórico para o direito canônico foi o reconhecimento da licitude do cristianismo, reconhecendo-se a Igreja Católica como Igreja oficial do império. Assim, a religião cristã deixa de ser ilícita e passa a ser protegida.

Costuma-se designar por Direito Canônico o conjunto de normas jurídicas oriundas da Revelação ou emanadas pela autoridade da Igreja Católica, que têm por objetivo a disciplina do governo da Igreja e da relação dela com seus fiéis, bem como da relação dos fiéis entre si¹³².

¹²⁹ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 223.

¹³⁰ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 223-224.

¹³¹ BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021, p. 33.

¹³² BACELAR, Renan Victor Boy. *Direito canônico: vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018.

Dentre as mudanças operadas no campo do direito, faz-se a concessão da jurisdição aos bispos, e, para além, Constantino permitiu que os cristãos, quando da necessidade de resolução de um conflito, optassem voluntariamente por submeter a lide a um bispo em detrimento da submissão a um tribunal romano. A decisão do bispo, por seu turno, teria a mesma eficácia que aquela proferida pelo tribunal romano, e o direito romano passou então a permitir que os bispos da Igreja proferissem sentenças, como exercício de sua jurisdição¹³³.

No tocante as fontes do direito canônico, pode-se dizer que foram deveras irregulares. Isto porque, a constituição do direito, naquele período, dava-se a partir das reações às necessidades que apareciam no seio da Igreja Católica, e, a resolução se valia do que estava disposto no direito romano, bem como no direito germânico, ainda que com menor intensidade. Ato contínuo, as fontes eram também intimamente ligadas à Teologia, sem o refinamento das ciências jurídicas. Dita-se, portanto, o direito divino, cujo núcleo fundamental é o direito canônico, a partir da própria vontade de Deus, dividindo-o em um direito divino positivo, cujas bases são os próprios desígnios de Cristo, e o direito divino natural, concernente à essência racional do ser humano¹³⁴.

É no período que vigeu o direito canônico, amparado, como exposto, em preceitos divinos, que as penas privadas e a figura punitiva que se via na responsabilidade civil no direito romano passam a ser enfrentadas e ditadas de outra forma.

Entre as figuras centrais na modificação deste entendimento, encontra-se, primeiramente, Santo Agostinho, “cuja obra é testemunho, bem mais que de um verdadeiro apego ao direito romano, de uma conversão a uma outra espécie de direito, que ele encontrou com a bíblia e na religião cristã¹³⁵”, e, a partir daí, “vai descobrir um novo tipo de justiça, ao qual somente se aplicam estritamente as palavras justiça e

Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AY5LA5/1/bacelar__direito_can_nico.pdf> Acesso em 19/03/2022. p. 38.

¹³³ BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021, p. 41.

¹³⁴ BACELAR, Renan Victor Boy. *Direito canônico: vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AY5LA5/1/bacelar__direito_can_nico.pdf> Acesso em 19/03/2022. p. 59.

¹³⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 95.

direito, um tipo bem diferente do sistema jurídico romano. É dessa forma que será legada à Idade Média uma nova teoria do direito¹³⁶.

Santo Agostinho foi fortemente influenciado pelo pensamento grego, especialmente o neoplatonismo, o pensamento romano e um Cristianismo estrito. A razão na fé foi um de seus pilares. Entendia que a fé não substitui a inteligência, mas, potencializa-a. Para ele o mal não existia, sendo apenas a ausência do bem, e, quando o homem o escolhia estava apenas deixando de colaborar com Deus. O seu pensamento estava muito mais vinculado a responsabilidade moral que a responsabilidade penal.

Mais tarde, a doutrina de São Tomás de Aquino “colocou no cume de todo o sistema legislativo a *lex aeterna* tomada de santo Agostinho: razão de Deus ordenando o *cosmos*¹³⁷”, e, partindo de uma filosofia cuja base foi calcada no conceito de justiça comutativa de Aristóteles, passou a condenar a transferência injustificada de riquezas entre os sujeitos, limitando assim, no campo da responsabilidade civil, que a indenização fosse limitada em patamar suficiente para o ressarcimento do dano efetivamente sofrido¹³⁸.

Em sua obra, *Suma Teológica*, restou consolidado o entendimento:

A compensação é feita pelo distribuidor ao homem a quem foi dado menos do que o seu devido, por comparação de coisa com coisa, quando esta recebe tanto mais conforme recebeu menos do que seu devido: e consequentemente pertence à justiça comutativa.

(...)

Eu respondo que, a restituição como afirmado acima (artigo[1]) é um ato de justiça comutativa, e isso exige uma certa igualdade. Portanto a restituição denota o retorno da coisa injustamente tomada; pois é devolvendo-a que a igualdade é restabelecida. Se, entretanto, for retirada com justiça, haverá igualdade e, portanto, não haverá necessidade de restituição, pois a justiça consiste na igualdade. Visto que, portanto, a salvaguarda da justiça é necessária para a salvação, segue-se que é necessário para a salvação restaurar o que foi tomado injustamente.

(...)

Portanto, quando o que foi retirado não pode ser restaurado em equivalente, a compensação deve ser feita na medida do possível: por exemplo, se um homem privou outro de um membro, ele deve fazer uma compensação em dinheiro ou em honra, a condição de qualquer uma das partes sendo devidamente considerado de acordo com o julgamento de um bom homem¹³⁹.

¹³⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 95.

¹³⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 141.

¹³⁸ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 137.

¹³⁹ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: Obra Completa*. Edição do Kindle, p. 4439-4441.

Apesar desta mudança em relação ao enfrentamento e a quantificação no que diz respeito a responsabilidade civil, já se dispunha, embora de modo possivelmente entrelaçado ao próprio dano material, a possibilidade de se reconhecer a obrigação de reparar os danos tipicamente morais.

Dentre estas possibilidades, verifica-se, a partir da preleção de Américo Luís Martins da Silva os casos exclusivos de danos morais: “a) a venda de um homem para escravidão ou outro mau fim; b) as lesões físicas; c) as violências; e d) os raptos das pessoas de um ou outro sexo. Segundo ele, em tais hipóteses, dificilmente haverá danos materiais e, se os houver, serão sempre em reduzida proporção perante os danos morais”¹⁴⁰. Verifica-se ainda a regulamentação de danos decorrentes da calúnia e da injúria:

a) sanções de ordem material; e b) sanções de ordem espiritual. Estabelece o cânone 2.355 que ‘se alguém, não com atos, mas por meio de palavras ou escritos, ou de qualquer outra forma, injuria um terceiro, ou o prejudica em sua fama ou reputação, não só se obriga, nos teores dos cânones 1.618 e 1.938, a dar a devida satisfação e a reparar os danos, como, também, se torna passível de penas e penitências proporcionadas, inclusive se se trata de clérigo a quem, se for o caso, se deve impor a suspensão ou a privação de ofício e benefício’¹⁴¹.

O que se percebe, portanto, é que já no direito canônico a plausibilidade da indenização por dano moral também restou sedimentada, havendo, contudo, modificações no tocante às questões indenizatórias que influenciam, ainda hoje, a fixação dos valores nas sentenças judiciais. Isto porque, apesar da evidência quanto a reparação pecuniária para os danos morais, os padrões filosóficos incorporados ao sistema jurídico afastaram a ideia de punição, chegando-se assim à reparação do dano efetivamente sofrido, sendo, por conseguinte, uma grande mudança em relação às bases do direito romano.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Ao se falar de responsabilidade civil no direito brasileiro e direcionar o estudo ao campo da reparabilidade do dano extrapatrimonial, especificamente, o dano moral,

¹⁴⁰ DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle, p. 100.

¹⁴¹ DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle, p. 101.

a história não remonta a períodos tão seculares como o próprio direito romano, mas sim, há basicamente três décadas, já que, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, inexistia consenso sobre a possibilidade de ressarcimento dos danos desta espécie.

Pode-se dividir, aliás, o direito codificado em três fases distintas no que concerne a responsabilidade civil. Na primeira é possível observar que as Ordenações do Reino tinham presente o direito romano, e, de forma subsidiária era aplicado o direito pátrio, por força da *Lei da Boa Razão*. Na segunda, inaugurada pelo Código Criminal de 1830, esboça-se, a partir do instituto da satisfação, a ideia de ressarcimento, que pode ser considerada, ainda hoje, uma orientação segura para a apreciação dos casos de responsabilidade civil. Na terceira, iniciada com Teixeira de Freitas, cuja ideia era a de que a responsabilidade civil não estava atrelada a criminal, estabelecendo assim que a satisfação do dano causado pelo delito tinha seu lugar próprio na legislação civil¹⁴².

Embora a responsabilidade civil tenha sido, no que se pode chamar de mal localizada, vez que insculpida no Código Criminal, mais precisamente no Título I, Capítulo IV, nos artigos 21 e 22, conferiu ao Brasil papel de destaque nesta área, a frente, inclusive de Portugal e sendo desnecessária uma invocação alienígena para a resolução dos conflitos. E, era no artigo 31 do *codex* citado que estava estabelecida a obrigação do juiz criminal fixar, na sentença, o valor indenizatório para a reparação do dano. Pode-se dizer então que, até o advento do Código Civil de 1916 o quadro legislativo que vigorou, em matéria de responsabilidade civil no Brasil, foi justamente o oriundo do Código Criminal de 1830¹⁴³.

Contudo, neste período, não se via ainda a plausibilidade de fixar uma indenização para os danos cuja natureza não decorressem de um conteúdo patrimonial, de modo que não é possível se falar neste traçado histórico de uma reparação por um dano que não fosse possível mensurar no aspecto econômico.

Isto porque, apesar do reconhecimento acerca da possibilidade da indenização pelo dano moral, em um primeiro momento, a sistemática civil era marcada pelo critério da patrimonialidade, em muito devido à influência do Código de

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 25.

¹⁴³ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 151-153.

Napoleão, o que resultou no desprestígio do ser humano como dotado de valores em si¹⁴⁴.

Vale dizer, portanto, que valores inerentes à dignidade do indivíduo, como promulgado pela Constituição de 1988 era matéria ainda intangível, destacando-se que a contemplação de tais atributos se relaciona, inclusive, aos catastróficos resultados da 2ª Guerra Mundial, em que o ser humano, em decorrência das abomináveis práticas nazistas passou a ser visto a partir de outras perspectivas, demandando também uma proteção antes ainda inimaginável.

Como mencionado, antes desta mudança de paradigma em relação ao indivíduo, o materialismo exacerbado impossibilitava uma hermenêutica assecuratória da ampla proteção ao ser humano como um valor próprio. O patrimônio funcionava como um eixo indispensável a toda engrenagem jurídica, o que, deixando o ser humano em segundo plano, sendo-lhe reservadas apenas algumas poucas e raras previsões normativas, e, como consequência, a responsabilidade civil era encarada apenas como forma de obrigar o ofensor a garantir o *status quo ante* ao ofendido, evitando que este viesse a arcar com os prejuízos decorrentes do ato ilícito praticado por aquele. Era, portanto, inaceitável pensar na possibilidade de dano moral, já que os valores fundamentais atrelados ao indivíduo eram desprestigiados¹⁴⁵.

Apesar dos avanços que foram destacados, inclusive com o Código Criminal de 1830 e no próprio Código Civil de 1916, havia divergências, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não só nos tribunais, como também entre doutrinadores, quanto a possibilidade de se valorar, de forma pecuniária, prejuízo que não fosse aquele de ordem material.

De outro lado, verifica-se no Decreto nº. 2.681/1912, que regulamentava a responsabilidade civil das estradas de ferro, uma abordagem acerca do dano moral, especificamente no art. 21, cuja previsão dizia respeito a lesão corpórea ou deformidade, entendendo-se, portanto, que “tal indenização conveniente se refere à dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio, ou seja, aos danos morais impostos em virtude de acidente em estradas de ferro¹⁴⁶”, o que chegou a ser reconhecido também pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁴ FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à cláusula geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 65-66.

¹⁴⁵ RESEDÁ, Salomão. *A função Social do Dano Moral*. São José: Conceito, 2009, p. 55.

¹⁴⁶ DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle, p. 174.

Ainda assim, o Código Civil de 1916 não tratou, especificamente, da reparabilidade do dano moral, mas, no mesmo sentido, também não o obistou, deixando abertos alguns caminhos que serviram para o amadurecimento do instituto¹⁴⁷.

Em que pese o dissenso existente antes da Constituição de 1988 quanto à possibilidade efetiva de reparação monetária a um dano de natureza não patrimonial:

já havia decisões judiciais reconhecendo os danos morais indenizáveis no Direito brasileiro, como na sentença de Raul de Souza Martins, que em 1911 pincelou que “a reparação do dano moral, não há dúvidas, é tão justamente devida como a do dano material. As condições morais do indivíduo não podem deixar de merecer uma proteção jurídica igual a sua condição material.

No mesmo sentido, em 1966, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (de agora em diante STF) proclamou que o dano moral é ressarcível e em 1976 a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul asseverou que o dano moral é indenizável tanto quanto o dano patrimonial¹⁴⁸.

Muitos eram os críticos ao instituto, e, aqui, pode-se destacar o pensamento de Lafayette Rodrigues Pereira sobre o tema, ressaltando grande descaso pelo dano moral, à medida em que asseverava o dano poderia ser físico ou moral, sem relação com o patrimônio material da vítima, como exemplo um dano físico que não impede o exercício do trabalho, ou ainda um dano à honra subjetiva, a título de exemplos, que se transformados em valor pecuniário poderão ser considerados grandes extravagâncias do espírito humano¹⁴⁹.

A pacificação do assunto só veio com o advento da Constituição Federal, que estabeleceu, em seu art. 5º, inciso V e X, de forma expressa, a possibilidade de indenização do dano moral, passando então a ser aplicada a indenização nos casos em discussão¹⁵⁰, sendo, por uma questão de lógica, inclusive, sedimentada a sua aplicação a partir da vigência do Código Civil de 2002, que, seguindo o próprio modelo constitucional, tratou de estampar, explicitamente, a reparabilidade do dano, ainda

¹⁴⁷ FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à cláusula geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 67.

¹⁴⁸ BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, 29.

¹⁴⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

¹⁵⁰ CIVIL. DANO MORAL. O dano moral independe de prova, porque a respectiva percepção decorre do senso comum. O acidente de trabalho que resulta na perda, pelo empregado, de dois dedos de sua mão direita, gera sofrimento indenizável a título de dano moral. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 260792 SP 2000/0052553-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/09/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.10.2000 p. 140 JBCC vol. 185 p. 548).

que exclusivamente moral, conforme se depreende dos arts. 186 e 187 do *códex* citado.

Aliás, a responsabilidade civil se mostra, ao longo dos séculos e da evolução social, matéria de extrema relevância e, não por menos, e, como traçado por Maria Helena Diniz, na atualidade, é indubitável que o tema é dos mais palpitantes e problemáticos, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas e no prodigioso avanço tecnológico¹⁵¹, e, diante da perspectiva histórica, mostrou-se sempre relevante e inquietante, gerando a necessidade de modificações sucessivas.

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem como sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio fundante da dignidade da pessoa humana¹⁵². Desta forma, não se atrela, especificamente, o vocábulo moral da expressão a moral estudada na Filosofia, posto que, se a “moral protegida no tocante ao dano moral, se em algum ponto se entrelaça com a moralidade, diz respeito aos valores morais acolhidos pela coletividade e não aos apegos individuais sem conexão com a linguagem pública sobre o que é adequado ou não perpetrar uns com os outros no seio da sociedade¹⁵³”.

Sedimentando a possibilidade da indenização pelo dano moral, também se assentaram as causas e requisitos para a sua configuração no ordenamento pátrio, que, de início, adota o princípio da culpa como seu fundamento, mas, ainda assim, reconhece-se a possibilidade de sua configuração ainda que por meio de ação desprovida de culpa, como ocorre nos casos previstos em lei, especificamente no art. 927 do Código Civil.

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 26. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 19.

¹⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 133.

¹⁵³ BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 32.

3 A COMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM A TRADIÇÃO *CIVIL LAW*

Buscou-se até aqui, inicialmente, traçando um recorte histórico-evolutivo da responsabilidade civil, demonstrar as raízes deste instituto a partir de suas origens como forma de contenção de danos diante da dinamização das relações sociais mais primitivas, perpassando ainda o período abrangido pelo Império Romano, onde restou evidenciado, em um primeiro momento, que a natureza por detrás da reprimenda era justamente a punição, não existindo, no entanto, uma real distinção entre direito civil e direito penal. Contudo, é a partir do período em que se desenvolveu o Direito Canônico que a ideia de punição entra em desuso, o que influencia, atualmente, a concepção moderna da responsabilidade civil nos países que adotaram como sistema jurídico as inspirações da *civil law*.

Em meio a perspectiva histórica, aliada, após, ao próprio instituto da responsabilidade civil, verificou-se que esta opera diferentes funções e possui diversos fundamentos, especialmente se comparados aos sistemas jurídicos mais difundidos, *in casu*, como já mencionado no primeiro capítulo, são o *civil law* e o *common law*.

Ato contínuo, fez-se necessário distinguir os sistemas jurídicos com maior destaque no cenário jurídico nacional e estrangeiro, demonstrando também as distinções existentes no campo da responsabilidade civil.

Percorrendo o desenvolvimento pedagógico sobre o tema estudado, que busca demonstrar o espectro da responsabilidade civil para além da sua atual concepção no tocante a função punitiva, respalda-se na obra de Karl Larenz, em que, na busca de uma fundamentação por um direito justo, reflexiona, citando a obra de Rodolfo Stammler, o que deve se pressupor por um direito justo. Supõe-se a existência de um direito justo, um direito injusto e ainda um direito que se mostra parcial, pendendo à injustiça ou a justiça. Adiante, na mesma obra, perseguindo ainda o intento de chegar à concepção de um direito justo, obtempera acerca da filosofia Kantiana, reconhecendo a necessidade de uma ética voltada ao reconhecimento e respeito de que todos os indivíduos possuem em si mesmos uma dignidade que deve ser a base para o agir de cada um na vida em sociedade.

Passa-se então a buscar uma ideia de efetividade da responsabilidade civil extrapatrimonial, a partir da ideia assinalada por Karl Larenz, para quem o princípio do direito, base de toda sua regulamentação, é o respeito recíproco e o reconhecimento da dignidade dos indivíduos, e que, por consequência, para se alcançar a paz jurídica, mediante o respeito da existência dos indivíduos, enquanto pessoas, o direito não deve ser regido pelos mais fortes, mas sim por um princípio de respeito recíproco¹⁵⁴, observando-se as particularidades e a nominada sociedade de riscos em que o indivíduo está inserido.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA COMO VETOR E RESGATE DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS

Pode-se categorizar, no campo do direito, a possibilidade de ocorrência de duas modalidades de danos, sendo o de natureza patrimonial, cuja quantificação e reparação se opera por simples cálculo aritmético, passível, portanto, de quantificação sem maiores divagações, e aquele de natureza extrapatrimonial, em que a questão da quantificação se mostra controvertida e, por não ser possível mensurar de forma objetiva, origina as problemáticas que se discutirá mais adiante.

Esta diferenciação, contudo, entre dano patrimonial e extrapatrimonial não se mostra suficiente para a demonstração da problemática existente no que se diz respeito a quantificação. Aliás é importante destacar que o dano extrapatrimonial engloba diversas situações jurídicas, e, igualmente, espécies de danos, razão pela qual, buscando um viés pedagógico ideal para o estudo, serão elucidados alguns pontos.

3.1.1 Dano Extrapatrimonial: Conceituação

A palavra dano tem sua origem etimológica do latim, *damnum*, e seu significado é a ação ou o efeito de danificar, causar prejuízos, e, neste contexto, revolvendo a própria história do direito, já traçada com maiores detalhes nos capítulos anteriores, as discussões quanto a reparação do dano, ou, do prejuízo, causado por

¹⁵⁴ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Civitas Ediciones S. L.: Madrid, 1985, p. 57.

terceiro, no campo material, não se mostrou fonte de divergências ou mesmo discussões, ao passo que, em relação aos danos extrapatrimoniais, embora já suplantadas, é sempre necessário rememorar que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, a possibilidade de reparação ainda era objeto de significativas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O dano pode ser entendido como o menoscabo, a consequência de um acontecimento ou de um evento determinado que causa a uma pessoa um sofrimento, atingindo seus bens vitais naturais, sua propriedade ou seu patrimônio¹⁵⁵.

Também como explicitada por José de Aguiar Dias, o dano está, como o próprio significado da palavra, atrelado a um prejuízo, e, tem por consequência, no plano jurídico, o dever indenizatório:

Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso mostra mais adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer que considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroge a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais, apesar do seu caráter público. Tem-se a impressão, contudo, de que a não punição do suicídio não é, como aí se afirma, efeito do desinteresse do legislador penal, mas efeito da impossibilidade de efetivá-la¹⁵⁶.

Para a categorização jurídica, portanto, pode-se falar em dois tipos de danos, como já mencionados, que são, *in casu*, os de natureza patrimonial ou extrapatrimoniais, residindo no âmago da lesão ao bem juridicamente tutelado a diferença entre cada um.

Maria Helena Diniz define o dano patrimonial como “lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável¹⁵⁷”, cuja aferição será matemática.

¹⁵⁵ LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*. Revista de Derecho Privado: Madrid, 1958, p. 13. No original: el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

¹⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 284-285.

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

No mesmo diapasão, Carlos Alberto Bittar define que na “delimitação prática das categorias, tem-se que: os danos materiais se traduzem por meio da fórmula tradicional de danos emergentes e lucros cessantes, compreendendo-se todos os prejuízos de ordem pecuniária experimentados pelo lesado como consequência efetiva do fato gerador¹⁵⁸”.

Pela própria natureza, o dano patrimonial não se mostra objeto de discussões ou mesmo de categorização conflitante pela doutrina e pela jurisprudência, ao passo que, ao se tratar do dano que viola direitos não atrelados a pecúnia, ou de natureza extrapatrimonial, ainda há divergências significantes em relação ao que, especificamente, se categorizaria como esta modalidade de dano.

De modo bastante sutil e claro, José de Aguiar Dias faz a seguinte distinção entre o dano patrimonial e o dano moral:

A distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. Tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência da lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito da ofensa a bem material¹⁵⁹.

Nota-se que no próprio título, abordou-se a conceituação de dano extrapatrimonial, de modo a definir o ponto de estudo, já que os danos podem também decorrer apenas de ofensa ao patrimônio. Contudo, na definição acima transcrita, visando diferenciar as duas categorias, o doutrinador citado acabou por diferenciar o dano patrimonial do dano moral. Isto se dá, pois, uma parcela da doutrina categoriza o dano extrapatrimonial como se apenas dano moral fosse, ou, simplesmente, como sinônimos, como delineado por Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra “Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais”, em tópico específico nominado: danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais:

Cumprir delinear o que vem sendo incluído no conceito de dano moral. Os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detêm qualquer conotação econômica. Os danos a esses direitos foram chamados de morais, pois “atingem atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade”. Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade. Foram, então, os danos morais conceituados como as lesões sofridas pela pessoa

¹⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

¹⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 284-285.

humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica¹⁶⁰.

Em sentido muito parecido, Carlos Alberto Bittar também define que em uma abordagem genérica, danos patrimoniais são aqueles que repercutem no patrimônio do lesado, enquanto os morais se manifestam na esfera interna e valorativa do ser como entidade individualizada¹⁶¹.

É fato ainda que tanto a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, como o próprio Código Civil, especificamente no art. 186, ao disciplinarem as possibilidades quanto à indenização de cunho extrapatrimonial trouxeram, explicitamente, a possibilidade de indenização “ainda que exclusivamente moral¹⁶²”, o que pode ter gerado, no campo doutrinário e mesmo jurisprudencial, a diferenciação como explicitada no excerto transcrito alhures.

À título de um recorte teórico sobre a matéria, adentrando em outra esfera do direito, a reforma Trabalhista, promulgada através da Lei 13.467/2017, adotou expressamente a possibilidade de indenização nas relações de trabalho pela violação aos danos extrapatrimoniais do trabalhador.

Em que pese a definição citada de Carlos Alberto Bittar, em que também demonstra, em sua doutrina, a divisão entre danos patrimoniais e danos morais, explicita o referido autor, na mesma obra, que podem existir denominações diversas para a diferenciação em questão, e ressalta a possibilidade da utilização das expressões danos patrimoniais e não patrimoniais, ou extrapatrimoniais; materiais e imateriais; diretos ou indiretos; puros e reflexos; subjetivos e objetivos¹⁶³. Contudo, quando do aprofundamento acerca do tema, verifica-se que persegue o mesmo caminho e definição como Maria Celina Bodin de Moraes, conforme preleção:

(...) mas, de modo geral, a divisão em patrimoniais e não patrimoniais (extrapatrimoniais) é a de mais fácil circulação, pois se valo do método de exclusão, considerando como morais os que não se revistam de cunho patrimonial (estes indicados, primordialmente, pela conversibilidade em pecúnia). Mas, acaba não enunciando, de modo explícito, aqueles danos, deixando ao intérprete a formulação concreta. Opera, no entanto, com plena identificação entre danos morais e extrapatrimoniais. Representam, ademais,

¹⁶⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155-156.

¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

¹⁶² Este é o final da redação do art. 186 do Código Civil, cuja íntegra dispõe: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

meros sinônimos as expressões danos materiais e imateriais. Há, outrossim, certos autores que distinguem danos morais como categoria de danos extrapatrimoniais, subdividindo os últimos em subjetivos e objetivos, e limitando os primeiros às turbações de ânimo¹⁶⁴.

A diferença entre o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo é cunhada como sendo este último o que se refere, propriamente, aos direitos da personalidade, ao passo que, o primeiro, se correlacionaria com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis. Pode-se dizer, portanto, que tanto será dano moral reparável a lesão a direito subjetivo patrimonial como afronta aos direitos da personalidade¹⁶⁵.

Insurgindo-se em relação a esta diferenciação, Judith Martins-Costa explica:

o Código mantém, infelizmente, a denominação 'dano moral' (art. 186), em cláusula geral completada pelas regras dos arts. 927 (obrigação de indenizar); 949 (ofensa à saúde); 951 (lesões ou ofensas à saúde causadas no exercício da atividade profissional); 953 e 954 (danos causados por injúria, difamação ou calúnia e ofensas à liberdade pessoal). É para tentar fugir às armadilhas que a expressão 'dano moral' acarreta – confundindo aspectos objetivos e subjetivos do fenômeno – que propôs Miguel Reale, seguido pela majoritária doutrina brasileira, a diferenciação entre dano moral objetivo, assim compreendido o que 'atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo-o de sua imagem', e o dano moral subjetivo, o qual estaria correlacionado, 'com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferível por que ligados a valores do seu subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação¹⁶⁶.

Esta conceituação e divisão do dano moral, ainda que sirva para evitar maiores problemas pela manifesta confusão entre danos extrapatrimoniais e danos morais, entendida como sinônimo, não se mostra, em tempos hodiernos, suficiente, sobretudo se analisado frente as novas categorizações de danos e interesses tutelados, e, ainda mais pela manifesta possibilidade de que danos de natureza patrimonial também possam repercutir na esfera íntima ou na psique do indivíduo.

A conclusão parecida também se extrai no âmbito do direito comparado, que categoriza os danos morais, hodiernamente, como danos a pessoa, embora seja perceptível, pelas doutrinas estudadas, que a divisão entre dano patrimonial e extrapatrimonial ou extracontratual é mais delineado que na doutrina nacional.

¹⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

¹⁶⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 156.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações*. v. 5. t. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 348.

E este movimento de ampliação dos danos de natureza extrapatrimonial, como sustentado por Ricardo Luis Lorenzetti, doutrinador Argentino, teve início a partir do surgimento de novas espécies de danos. Isto porque, em razão da ideia patrimonialista de ressarcimento, num primeiro momento, tudo que não era pecuniário acabava sendo definido como moral, de modo que o dano moral foi identificado como *pretium doloris*. Adiante, esta concepção negativa foi substituída por uma concepção positiva, passando a vincular dano moral com a lesão aos direitos fundamentais da pessoa. Contudo, este momento acabou ocasionando uma expansão significativa do conteúdo de dano moral, já que, para alguns se traduzia em sofrimento, surgindo ainda os danos a integridade física, dano estético, dano a vida em relação, e, neste contexto, passa-se a falar em danos a pessoa¹⁶⁷.

A esta conceituação, em que dano moral pode ser entendido exatamente como o oposto ao dano de natureza patrimonial, e, conseqüentemente, ser categorizado como dano de natureza extrapatrimonial, Paulo Roberto Nalin explica que:

(...) certamente, a expressão 'dano moral' foi introduzida no Brasil a partir de uma leitura e compreensão equivocadas da bibliografia francesa. A palavra 'moral', apesar de exibir idêntica grafia que no português, possui conteúdo semântico diverso do francês, traduzindo-se para espiritual ou intelectual, enquanto em português diz respeito aos bons costumes e à ética, ao conjunto de nossas faculdades morais. (...) as expressões 'não patrimonial' e 'extrapatrimonial', sinônimos que são, englobam não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual e artística e tantos outros. Desta forma, entende-se mais adequada esta terminologia em face da limitada expressão 'dano moral'. Observe-se, para tanto, a expressão mencionada acerca das dimensões da personalidade humana referidas por Tereza Ancona, que extrapolam o nível da dimensão meramente moral para a dimensão física e intelectual do sujeito¹⁶⁸.

E, não apenas pela existência de novos danos na atual realidade do direito civil, a possibilidade de cumulação da reparação pelo dano moral com outras espécies de danos, a exemplo, o dano estético, mas, principalmente por não ser possível delimitar dano extrapatrimonial apenas como "as mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, que não constituem, pois, o próprio dano, mas

¹⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil como crédito. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, n. 1, fev. 2011, p. 161-163.

¹⁶⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 97.

efeitos ou resultados do dano, entendendo-se, portanto que esses efeitos ou resultados seriam decorrência do dano moral, que lhes é antecedente¹⁶⁹, é que este entendimento, dano moral e dano extrapatrimonial enquanto sinônimo, mostra-se afastado da conceituação adequada.

O dano moral, dentro dessa concepção, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam as consequências, os efeitos ou os resultados que parte da doutrina confunde com o próprio dano¹⁷⁰.

Sob este direcionamento doutrinário, Eduardo Zannoni assevera que o que define o dano moral não é, em si, a dor ou os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que sejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de interesses não patrimoniais reconhecidos à vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico. E estes, é prudente reiterá-lo, podem estar vinculados tanto a direitos patrimoniais como a direitos extrapatrimoniais¹⁷¹.

No mesmo sentido, também Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho definem que “o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento; estende a sua tutela a todos os bens personalíssimos, os complexos de ordem ética, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português¹⁷²”.

Caso emblemático, inclusive, que serve de base ainda mais sólida para o afastamento do dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, vez que seria apenas a vinculação a um possível estado anímico de dor e sofrimento, é aquele decorrente do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, ao julgar ação indenizatória proposta por uma conhecida atriz brasileira em razão da divulgação de suas fotos, entendeu pela improcedência do pedido de indenização por dano moral, sustentando, em breves linhas aqui delineadas que não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia a feiura. O que se pretende é demonstrar que não se concede indenização de dano moral se

¹⁶⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p 147.

¹⁷⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p 147.

¹⁷¹ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Astrea: Argentina, 1993, p. 290.

¹⁷² DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102.

o fato não acarretou aquilo que é de sua natureza e essência, no caso, o sofrimento o vexame, a humilhação (...)¹⁷³.

Necessário, portanto, definir, para a continuidade do estudo, que os danos, no direito pátrio, podem ser divididos em danos patrimoniais e extrapatrimoniais, entendido, este último, como gênero, e, por consequência, o dano moral, será uma das espécies deste gênero, não sendo, portanto, sinônimos, com a devida *vênia* aos doutrinadores que desta forma o entendem, pois, a própria natureza humana pode esvaziar a concepção adotada a depender do tipo de interesse tutelado e passível de lesão.

3.1.2 Os Fundamentos Filosóficos para a Justificação da Indenização Punitiva

Feitas as considerações necessárias em relação aos diferentes danos contemplados pela legislação brasileira, com destaque a abordagem e estudo exclusivamente do dano moral neste trabalho, que, como conceituado, deverá ser entendido como espécie de dano extrapatrimonial, faz-se necessário conceituar, de início, o próprio dano moral, cujo vocábulo, moral, não deve ser confundido ou entendido como aquele que se estuda na filosofia ou mesmo com a própria etimologia da palavra:

A infração às normas da ética não tem similitude, nem se aproxima do dano moral. A conduta do ofensor pode não ser reprovável de ponto de vista moral, mas ser lesiva ao patrimônio imaterial do ofendido. No atual quadrante do viver jurídico nacional, a expressão dano moral está tão arraigada no dia a dia dos profissionais e do profano, que qualquer mudança somente serviria para atrapalhar a real compreensão da lesão moral. Se, de um lado, prevalece a equivocidade do vocábulo, de outro, dita expressão já se encontra de tal forma incorporada em legislações e na linguagem do foro, que é preferível continuar com o sentido equívoco da palavra até a sedimentação do autêntico significado do dano moral¹⁷⁴.

É por isto que a moral protegida no tocante ao dano moral, se em algum ponto se entrelaça com a moralidade, diz respeito aos valores morais acolhidos pela

¹⁷³ O Acórdão é citado, em resumo, na obra de Maria Celina Bodin de Moraes, p. 47.

¹⁷⁴ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 56-57.

coletividade e não aos apegos individuais, desconexos com a linguagem pública sobre o que é adequado ou não perpetrar uns com os outros no seio da sociedade¹⁷⁵.

Delimitado, portanto, o ponto de divergência entre a expressão difundida na legislação brasileira com a própria semântica, destacando-se que, torna-se mister definir o que deve ser entendido por dano moral na acepção jurídica do termo, que, por Yussef Said Cahali foi assim definido:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; m]ao há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral¹⁷⁶.

De fato, como elucidado pelo autor, não há como formular um rol do que, exatamente, seria ou não passível de configurar o dano moral, já que se revela e se concretiza em virtude da violação de bens mais íntimos do indivíduo, destacando-se ainda a necessidade de se avaliar que “o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se de aborrecimentos e dissabores do dia a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida e do cotidiano”¹⁷⁷.

Contudo, traduzir o dano exclusivamente como já pontuado, apenas a ideia de dor ou sofrimento atrelada a ocorrência do dano moral é manifestamente insuficiente, já que a lesão, em verdade, é dirigida contra os direitos da personalidade, sendo o estado psicológico a consequência.

No direito estrangeiro a ideia de dano moral como violação aos direitos da personalidade é também difundido no campo doutrinário, e, conforme Roberto Brebbia, ao discorrer acerca da conceituação, bem define que “danos morais resultam da violação a um direito ou interesse jurídico de natureza extrapatrimonial, por

¹⁷⁵ BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 34.

¹⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20-21.

¹⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-158.

exemplo, lesões ou menoscabos a integridade física, a honra, a liberdade e a outros direitos da personalidade¹⁷⁸ .

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade¹⁷⁹.

Em arremate, é possível afirmar que “aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade da pessoa humana é um exercício indispensável para todos que verdadeiramente queiram construir um direito civil constitucional¹⁸⁰”.

Sendo o dano moral, portanto, a lesão à dignidade do indivíduo, que, constitucionalmente é tutelada “como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais¹⁸¹”, ao passo que, a sua violação deve ser entendida, antes de tudo, como violação no aspecto ético, e, igualmente, da ideia de justiça corretiva, fazendo com que a aplicação dos danos punitivos de torne necessária à luz destas particularidades.

A justificativa neste mesmo ideal é defendida por Alexandre Bonna, para quem os *punitive damages*, para além de possuírem fundamentação dogmática, se arrimam no campo ético, pois podem ser considerados um poderoso instrumento para os sujeitos das práticas sociais cultivarem atos virtuosos e que contribuem para o bem comum, promovendo assim a felicidade coletiva, sustentando ainda que negar que a responsabilidade civil tenha pertinência na função preventiva/punitiva é praticamente

¹⁷⁸ BREBBIA H., Roberto. Responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina. *Rome e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto della integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, núm. 10, 2000, p. 43. No original: daños morales resultan de la violación a un derecho o interés jurídico de naturaleza extrapatrimonial, por ejemplo, lesiones o menoscabos a la integridad física, al honor, a la libertad y otros derechos de la personalidad.

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 89.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 293.

¹⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64.

obstaculizar um patamar mínimo de uma comunidade cooperativa em prol do bem comum, colocando em xeque o nível ético de uma dada sociedade¹⁸².

Exsurge então o diálogo com a base da filosofia kantiana, no tocante aos imperativos categóricos, em que se entende como correta toda ação, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc. Por conseguinte, se minha ação pode coexistir com a liberdade de cada um, entende-se, pois, que age injustamente comigo aquele que me impede isso, ao passo que esta resistência não pode coexistir com a liberdade, segundo as leis universais¹⁸³, servindo também de amparo a este viés ético que se busca resgatar, frente ao respeito de valores tão sutis como a tutela da dignidade humana.

Deve-se observar que quando se volta para a envergadura social de alguns danos perpetrados no bojo das relações privadas de massa, se percebe que a fraqueza do direito para detê-las, especialmente nas demandas que envolvem a responsabilidade civil pelo dano moral, o que ofusca a possibilidade de alcançar uma comunidade plenamente realizada e completa do ponto de vista ético que é justamente a base do imperativo categórico kantiano, pois o bem comum relativo à prática das relações privadas não estará sendo alcançado¹⁸⁴.

Sob o aspecto ético, portanto, os danos punitivos estão em estrito acordo com consecução do bem comum e para uma justa distribuição de encargos na sociedade, garantindo assim que cada um, especialmente conglomerados empresariais, busquem atuar em um nível de excelência ou, no mínimo, o mais diligente possível, agindo assim somente para usar a humanidade, em sua própria pessoa como na pessoa de qualquer outro, nunca meramente como um meio, mas ao mesmo tempo como um fim¹⁸⁵, de modo, portanto, a não vincular o indivíduo apenas com a maximização dos lucros, mas, garantindo uma coexistência de encontro ao bem comum.

Em complemento aos fundamentos éticos, é rigor atrelar a justiça corretiva como um caráter de fundamento da responsabilidade civil, cuja definição advém dos

¹⁸² BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 133.

¹⁸³ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Editora Vozes: Petrópolis, 2013, p. 30.

¹⁸⁴ BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 133.

¹⁸⁵ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Editora Vozes: Petrópolis, 2013, p. 31

ensinos de Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, quando, ao definir a justiça corretiva, explicitou:

A espécie restante de justiça é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias (...) a justiça nas relações privadas é uma forma de igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme à espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme à proporção aritmética. (...) a lei contempla apenas o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça (...) o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho¹⁸⁶.

É neste contexto, portanto, em especial, a partir da análise trazida por Aristóteles da subtração do excesso de ganho, em que também se visualiza a aplicação prática dos danos punitivos à indenização por dano moral, haja vista que, como também explicitado por Alexandre Bonna, “há agentes que de forma reiterada perpetram ilegalidades em larga escala em face do trabalhador e do consumidor, mas em contrapartida tem como resposta do Poder Judiciário indenizações desconexas com a gravidade dos danos, com os lucros obtidos com o ilícito¹⁸⁷”, o que leva a crer, neste contexto, que estas práticas reiteradas são devidamente arquitetadas sob a ótica do custo-benefício.

Jules Coleman, expoente filósofo no direito de danos, reconhece que a justiça corretiva é um dos pilares deste campo de estudo, sustentando que compreender o direito dos danos é conceber, em parte como um emaranhado de regras substantivas e estruturais a fazer valer os direitos da justiça corretiva. Contudo, argumenta ainda que nem toda pretensão de reparação de danos estará reconhecida ou fundada na justiça corretiva, propagando a ideia de uma concepção mista desta justiça corretiva, traçando também uma ideia econômica do direito¹⁸⁸.

A partir desta concepção, inclusive, chega-se a observar na obra do encartado autor o afastamento da possibilidade de aplicação de uma indenização punitiva, pois, a partir da ideia de uma justiça corretiva mista, são construídos dois elementos, *in casu*, um anulativo e um relacional.

¹⁸⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Lisboa: Quetzal, 2004, p. 131b

¹⁸⁷ BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 133.

¹⁸⁸ COLEMAN, Jules L. *Riesgos y daños*. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 385-387.

O caráter anulativo, por seu turno, terá por base a exigência de que a justiça corretiva anule as perdas injustas, reestabelecendo-se de forma integral ou aproximada da situação anterior ao dano, não podendo, contudo, criar outras perdas injustas. Assim, a imposição de uma indenização punitiva implicaria um verdadeiro utilitarismo na justiça corretiva, e, fundamenta-se o que segue:

O benefício injusto do agente causador pode ser maior, igual ou menor do que o prejuízo que sua conduta impõe à vítima. Caso a perda da vítima seja igual ao benefício do agente causador, não há problema especial; anular o benefício do agente causador anula também o prejuízo da vítima. Os outros casos podem criar problemas. Quando o benefício do agente causador é menor do que o prejuízo da vítima, então, se a justiça exigir apenas que seu benefício injusto seja anulado, fazer justiça pode deixar a vítima sem indenização. Por outro lado, quando a perda da vítima é inferior ao benefício do agente causador do dano, a concessão de indenização integral à vítima é insuficiente para retificar o ganho injusto que obteve. Quando a perda da vítima supera o benefício obtido pelo agente causador do dano, impor-lhe os custos totais pode significar impor um custo superior ao permitido pela justiça¹⁸⁹.

Esta concepção, contudo, vai contra os princípios éticos que são vinculados e fundamentam a indenização punitiva. Como sustentado por Alexandre Bonna, para a compreensão da ética do dano moral é indispensável a vinculação à justiça corretiva, partindo-se do princípio da correlatividade, cuja ideia é a de que “ofensor e vítima respectivamente fizeram e sofreram a mesma injustiça, de modo que a responsabilidade é uma concepção de justiça que reconhece a igualdade normativa das partes e trata suas posições uma como o espelho da outra”, devendo todo o caminho da imposição de uma indenização ser percorrido a partir desta ideia, vinculada a inviolabilidade de bens materiais e existenciais. Assim, será necessário que a justiça corretiva seja complementada pela ideia de bens humanos básicos, especialmente para os casos envolvendo danos morais, notadamente por se

¹⁸⁹ COLEMAN, Jules L. *Riesgos y daños*. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 295. No original: El beneficio injusto del agente dañador puede ser mayor, igual o menor que la pérdida que su conducta impone a la víctima. En caso de que la pérdida de la víctima sea igual al beneficio del agente dañador, no se plantea ningún problema em especial; la anulación del beneficio del agente dañador también anula la pérdida de la víctima. Los otros casos pueden crear problemas. Cuando el beneficio del agente dañador es menor que la pérdida de la víctima, entonces, si la justicia exige solo que su beneficio injusto sea anulado, hacer justicia podría dejar a la víctima sin una compensación. Por otro parte, cuando la pérdida de la víctima es menor que el beneficio del agente dañador, conceder a la víctima una compensación plena resulta inadecuado para rectificar la ganancia injusta que obtuvo aquél. Cuando la pérdida da víctima excede el beneficio obtenido por el agente dañador, imponer los costes totales sobre él puede suponer imponer un coste mayor que el permitido según la justicia.

traduzirem na própria ideia de dignidade humana e serem ligados aos direitos da personalidade¹⁹⁰.

Ao se evocar os fundamentos filosóficos dos danos punitivos é possível considerar que os modelos de justiça, distributiva e corretiva, difundidas por Aristóteles, amparam a obrigação de reparar, ao passo que, a justificação para a punição em forma de reparação pecuniária será encontrada em um modelo de justiça retributiva, como uma subespécie de justiça comutativa. A percepção da justiça retributiva é justificada pela doutrina aristotélica para os casos de interferências intencionais ou danos não consentidos, tornando-se necessário o castigo para restabelecer a igualdade¹⁹¹.

No mesmo desiderato, Maria Agustina Otaola, tecendo algumas críticas à doutrina difundida por Coleman, apresenta como sustentáculo dos danos punitivos a ideia de uma justiça retributiva, asseverando que um adequado sistema de penas privadas permite alcançar certos objetivos fundamentais para um sistema moderno do direito de danos, e, punir, de maneira eficaz, graves condutas lesivas permite também uma considerável ideia de retribuição social.

Na concepção da citada autora, a justiça retributiva permite justificar os danos punitivos sem a necessidade de construções fictícias e sem manipulação de aspectos fundamentais destes, bastando, para a sanção, que haja um justo motivo, um merecimento, advertindo ainda que a legislação, ao elencar a possibilidade da sanção punitiva oferece ao indivíduo a opção de agir de forma responsável ou não, e, a escolha, por sua vez, será objeto, portanto, de uma punição, residindo aí a justa medida e a retribuição pela conduta em desconformidade a lei e ao bem comum¹⁹².

Nesse viés, o problema da justiça exige preocupação com a maneira mais adequada de tratar o outro, de modo a preservar uma razoável relação entre as pessoas, o que exige certamente o dever de evitar a prática de atos danosos, assim como o dever de suportar a punições pelas infrações cometidas¹⁹³.

É perceptível que os fundamentos éticos aliados aos modelos de justiça aqui expostos embasam, de forma suficiente a possibilidade de uma aplicação da

¹⁹⁰ BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 133.

¹⁹¹ LOPEZ HERRERA, Eduardo. *Los daños punitivos*. 1. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2008, p. 35.

¹⁹² OTAOLA, Maria Agustina. *La justificación de los daños punitivos: especial atención al régimen de responsabilidad civil argentino*. Editorial académica española: Córdoba, 2017, p. 83-85.

¹⁹³ BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 140.

indenização punitiva, visando resguardar não só o bem comum, mas, igualmente, valorar a natureza humana, em seus aspectos mais íntimos, que decorre, justamente, da dignidade, que ampara e justifica a própria possibilidade de uma indenização pela lesão dos valores atrelados aos direitos da personalidade.

3.2 OS DANOS PUNITIVOS NA LEGISLAÇÃO ARGENTINA

Como anteriormente exposto, urge que, no cenário globalizado, já no século XXI, os sistemas jurídicos se tornem instrumentos dotados de maior plasticidade, e, para dirimir conflitos e situações calamitosas, adotem posturas e legislações inspiradas em cenários internacionais, ainda que oriundos de sistemas jurídicos distintos. Para tanto, faz-se necessário utilizar dos estudos oriundos do direito estrangeiro e mesmo das próprias legislações, a fim de que seja possível um aperfeiçoamento ao sistema jurídico correspondente, visando assim efetivar a tutela de direitos e interesses, coletivos e individuais.

É neste sentido que Marco Antonio da Costa Sabino sustenta que “a tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre os sistemas, justamente para que no âmbito do *common law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto, no campo do *civil law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque¹⁹⁴”.

Com este viés, passa-se a um estudo, neste momento, das modificações que foram feitas na legislação argentina, cujo sistema jurídico tem semelhanças e bases identitárias ao brasileiro, com a conseqüente implementação dos danos punitivos nas relações consumeristas. E, em que pese não se tratar do único país que adota esta modalidade indenizatória apesar das bases do *civil law*, privilegia-se, neste estudo, de modo a valorizar também a produção legislativa e doutrinária da América Latina.

As discussões acerca da incorporação dos danos punitivos à legislação argentina remontam ao ano de 1989, com um trabalho doutrinário de Alfredi J. Kraur que propunha a adoção desta modalidade de indenização, com bases solidificadas no sistema *common law* por meio de *lege ferenda*, e, em 1993, o doutrinador Pizarro, em

¹⁹⁴ SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010, p. 52.

sua obra em homenagem a Trigo Represas também fundamenta a necessidade de enfrentamento e legislação contemplando o dano punitivo. A partir de 1995 o tema passa a ser objeto de discussões no congresso e a doutrina passa a inclinar também pela possibilidade de recepção deste instituto oriundo do direito anglo-saxão¹⁹⁵.

Antecedendo a legislação consumerista, existiram os projetos de 1998 e o anteprojeto de reforma do Código Civil, que acabou sendo suprimida pelo Executivo.

Os danos punitivos foram incorporados ao Direito Argentino no ano de 2008, após a reforma do Lei de Defesa do Consumidor. O artigo 52 da Lei 24.240 empregou a denominação de dano punitivo e estabeleceu que diante do descumprimento do provedor de bens e serviços em relação as obrigações legais e contratuais que assumiu, o juiz poderá aplicar uma multa civil. A simples leitura da norma indica que o pressuposto fático que confere ao juiz a possibilidade de aplicação das consequências do instituto em questão é a presença do descumprimento de uma obrigação legal ou contratual assumida. Em relação a quantificação de referida sanção, a norma prevê um teto máximo de cinco milhões de pesos¹⁹⁶.

Dentre os doutrinadores contrários à adoção dos danos punitivos no direito argentino estavam Sebastián Picasso e Alberto Bueres, cujas críticas elencam a natureza dos remédios punitivos civis, que consideram como uma mescla do direito civil com o direito penal, gerando assim uma distorção da responsabilidade civil, impondo uma sanção dupla ao indivíduo pelo mesmo fato. Ato contínuo, sustentam a ideia de que a indenização punitiva acarreta à vítima verdadeiro enriquecimento ilícito, argumentando ainda que a função da responsabilidade civil é compensatória e que já houve espaço para a punição no lastro histórico, porém, o afastamento da função punitiva teve uma razão e que a teoria da vontade tem de prevalecer no âmbito da

¹⁹⁵ TONIOLLO, Javier Alberto. Revisando los daños punitivos a cinco años del Código Civil y Comercial. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, n. 11, 2020, p. 131-149. p. 132.

¹⁹⁶ OTAOLA, María Agustina. Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino. *Revista VIA JURIS*, n. 15, Julio – Diciembre/2013, p. 33-34. No original: Los daños punitivos fueron incorporados al Derecho Argentino en el año 2008, mediante reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. El artículo 52 bis de la Ley 24.240 (Ley 26.361) emplea la denominación daño punitivo y establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado el juez podrá aplicar esta multa civil. La simple lectura de la norma indica que el presupuesto fático que habilita al juez a aplicar las consecuencias del instituto en cuestión, es la presencia de un incumplimiento de la obligación legal o contractual asumida. Con respecto a la cuantificación de esta sanción, la norma solo prevé un tope máximo de cinco millones de pesos (\$5.000.000).

responsabilidade civil¹⁹⁷.

Baseando-se no modelo norte-americano, a aplicação dos danos punitivos previstos no art. 52 do Código de Defesa do Consumidor Argentino está umbilicado, justamente, a existência de uma conduta reprovável, atuação negligente ou culpável, justificando-se assim a partir do agir com dolo, culpa grave, malícia e quando o comportamento impõe um desprezo ao consumidor.

A doutrina define o dano punitivo como a soma de dinheiro que são outorgadas em adição a qualquer dano, compensatório ou nominal, com caráter dissuasório, que é imposto contra determinado indivíduo, no caso, o demandado, em razão de uma conduta particularmente agravada. Podem ser chamados também de danos exemplares em referência a ideia de que são um exemplo, tanto ao demandado como aos demais¹⁹⁸.

Note-se que é necessário distinguir entre o dano causado ao consumidor em particular e o dano que o fornecedor causa à sociedade como um todo com sua conduta inescrupulosa. Dessa forma, é possível definir conceitualmente e quantificar de forma diferenciada o dano infligido ao consumidor que tem natureza compensatória, e o dano punitivo que se configura pelo dano causado à sociedade como um todo; tornando-se assim o consumidor que reclama, numa espécie de promotor privado, pois de outra forma muitos comportamentos especulativos dos prestadores ficariam impunes¹⁹⁹.

A aplicação da função punitiva da responsabilidade civil no direito argentino tem como pressuposto a retribuição, prevenção e a dissuasão das condutas particularmente graves, cuja inspiração, advém a partir do que foi exposto na própria jurisprudência norte-americana, no caso *Gertz vs. Robert Welch (Inc. 418 US 323,350, 1974)*, definindo que os danos punitivos são multas privadas impostas por jurados civis para castigar condutas reprováveis, dissuadindo assim sua futura ocorrência²⁰⁰,

¹⁹⁷ CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

¹⁹⁸ TONIOLLO, Javier Alberto. Revisando los daños punitivos a cinco años del Código Civil y Comercial. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, n. 11, 2020, p. 131-149. p. 135.

¹⁹⁹ OTAOLA, María Agustina. La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino. *Revista de la Facultad*, v. V, nº 1, Nueva Serie II, 2014, p. 141. No original: Nótese que es necesario distinguir entre el daño causado al consumidor en particular y el daño que el proveedor causa a la sociedad en su conjunto con su conducta desaprensiva. De este modo, es posible deslindar conceptualmente y cuantificar de modo diferenciado el daño que se inflige al consumidor que tiene naturaleza compensatoria, y el daño punitivo que se configura por el daño causado a la sociedad toda; erigiéndose de este modo el consumidor que reclama, en una suerte de fiscal privado, ya que de otro modo muchas conductas especulativas de los proveedores quedarían impunes.

²⁰⁰ DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2. ed. St. Paul: Minn, 1993, p. 312.

tornando justificável a aplicação desta modalidade de indenização.

Dentre alguns, o ponto de dissenso na doutrina argentina se dá, inicialmente, em razão da suposta confusão entre o direito civil e o direito penal, já que, aparentemente, o dano punitivo tem a finalidade de um castigo, sendo obviamente sancionador. Neste aspecto, portanto, vê-se um instituto próprio do Direito Penal e não do direito Civil, mas, sem as garantias que o primeiro assegura ao agente causador de um dano ou ilícito, já que as garantias constitucionais não estão devidamente asseguradas no segundo. Entende-se, portanto, que os danos punitivos, para além de inadmissíveis, mostram-se manifestamente inconstitucionais²⁰¹.

Manifestando pensamento totalmente contrário, Edgardo Lopez Herrera afirma que o direito argentino, especialmente, o direito civil, já possui outras penas privadas, como por exemplo os interesses sancionatórios, a cláusula penal, sanções pecuniárias *ab intitio* como a própria indignidade para sucessão²⁰², razão pela qual a ideia de uma possível confusão entre as áreas, civil e penal, não se mostra plausível.

Contudo, ideia interessante acerca do tema é explicitada por Manuel Cornet e Gabriel Alejandro Rubio que interpretam os danos punitivos, a partir da função de castigar e dissuadir o causador do dano, torna a figura como uma instituição intermediária entre o direito civil e o direito penal²⁰³. Apesar de ser, de fato, uma possibilidade interpretativa, não se mostra de acordo com a maior parte da doutrina estrangeira.

No direito do consumidor argentino o sujeito passível da indenização punitiva é justamente o prestador ou fornecedor de serviços, que, assim como no CDC brasileiro, está categorizado no art. 2 da lei em estudo, fazendo-se necessário ainda distinguir o dano que o prestador de serviços causa ao consumidor ou a sociedade para que seja devidamente quantificado o dano punitivo²⁰⁴.

Outras críticas ao dano punitivo se calcam no fato de que em razão da redação dada ao artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor Argentino, onde a multa é direcionada justamente ao consumidor, pode-se estar diante de um possível

²⁰¹ PICASSO, Sebastian. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año 17, n. 4, 2015, p. 5-23, p. 6.

²⁰² HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*. 1. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2008, p. 352.

²⁰³ CORNET, Michel C.; RUBIO, Gabriel Alejandro. Daños punitivos. *Anuario De Derecho Civil*, n. 3, 1997, 31-45, p. 34.

²⁰⁴ OTAOLA, María Agustina. La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino. *Revista de la Facultad*, v. V, n° 1, Nueva Serie II, 2014, p. 151-152.

enriquecimento ilícito por parte do consumidor, já que receberá uma quantia muito superior ao próprio dano, gerando uma discussão em relação a destinação do montante fixado.

(...) O uso insuficiente da multa civil —para cumprir seus objetivos dissuasivos— decorre não tanto da falta de conduta condenável ou de falhas probatórias por parte dos demandantes, mas sim da constatação de quão profundamente arraigada na cultura jurídica argentina está a princípio da impossibilidade do enriquecimento sem causa, que para muitos parece entrar em tensão ostensiva com a solução jurídica da destinação exclusiva da condenação da vítima contida no atual art. 52 bis da Lei de Defesa do Consumidor²⁰⁵.

O que se vislumbra com maior identidade nas críticas é a exagerada preocupação com a suposta vedação do enriquecimento ilícito ao ofendido, que, a possibilidade do locupletamento do ofensor acaba em segundo plano. Não se olvida que a vedação ao enriquecimento ilícito é necessária, mas tem de ser observada por todos os lados, tanto o ofendido não pode enriquecer com indenizações exorbitantes, como o ofensor não pode enriquecer por não agir preventivamente. O mais importante nos debates deveria ser que a lesão não ocorresse. Receber indenização a posteriori é medida meramente paliativa. Lembrando que a condenação em *punitive damages* é medida excepcional, para casos especiais, de total desprezo pela norma e bem-estar do consumidor. Dolo de aproveitamento. Culpa grave²⁰⁶.

Ainda em solo argentino, e, contrariando a visão explanada, Walter Krieger considera escoreta a aplicação da multa em prol do próprio consumidor, e que tal fato respeita, inclusive, princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assevera ainda que a capacitação dos juízes frente a aplicação dos danos punitivos torna correta a aplicação e afasta qualquer enriquecimento ilícito²⁰⁷.

²⁰⁵ TONIOLLO, Javier Alberto. Revisando los daños punitivos a cinco años del Código Civil y Comercial. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, n. 11, 2020, p. 131-149. p. 137. No original: La utilización insuficiente de la multa civil —para cumplir sus objetivos disuasorios— está originada no tanto en la falta de conductas reprochables o fallas probatorias por parte de los reclamantes sino más bien en la constatación de lo arraigado que está en la cultura jurídica argentina el principio de imposibilidad de enriquecimiento sin causa, que para muchos pareciera entrar en tensión ostensible con la solución legal del destino exclusivo de la condena al damnificado que contiene el actual art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

²⁰⁶ CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages*: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

²⁰⁷ KRIEGER, Walter F. Volviendo a pensar los daños punitivos estado actual y proyecciones en el anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. [Revista de responsabilidad civil y seguros](#), año 22, n. 2, 2020, p. 68-76.

Existe ainda a ideia de que a indenização punitiva funciona como verdadeiro incentivo aos consumidores para que denunciem as condutas dos prestadores de serviços, já que, mesmo cientes de que a causa massiva de pequenos danos leva a empresa a ganhar cifras milionárias, é provável que o consumidor não queira enfrentar o próprio processo para ver reparada uma destas lesões menores. Assim, o valor imposto a título de punição fomentaria esse ingresso judicial²⁰⁸.

Importante ponderação também a respeito desta visão acerca do possível enriquecimento ilícito é apresentada por Jonathan Brodsky, cuja ideia, de fato, é importante e merece ser refletida, ao afirmar que qualquer fração da multa recebida pelo consumidor, por menor que seja, será enriquecimento sem causa. E é verdade. Mas é muito menos injusto que parte do lucro ilegítimo vá para alguns dos lesados (que, aliás, estavam em posição de inferioridade na relação jurídica), do que a outra iniquidade, em que a empresa, às vezes graças a um cálculo, retém a totalidade desse lucro obtido fraudulentamente²⁰⁹.

Analisando ainda o texto legal da legislação argentina, verifica-se a existência de um teto máximo para a imposição de danos punitivos. Pondera-se que dentre as críticas ao instituto em questão, justamente a imprevisibilidade dos valores fixados a este título é uma das levantadas, inclusive no sistema norte-americano, constante se infere pelo excerto:

Qualquer que sejam seus fins últimos, a preocupação mais difundida acerca dos danos punitivos é a de que eles são imprevisíveis. [...] As pessoas têm um grau de consenso moral notavelmente elevado no que diz respeito aos graus de indignação e punição que são apropriados nos casos de danos punitivos. [...] Este consenso desaparece, contudo, quando o sistema legal usa dólares como forma de medir a indignação moral. Mesmo quando há um consenso sobre a indenização punitiva, não há consenso sobre quantos dólares são necessários para produzir o nível de sofrimento apropriado ao réu²¹⁰.

²⁰⁸ BRODSKY, Jonathan M. Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*, n. 90, 2012, p. 277-298. p. 291.

²⁰⁹ BRODSKY, Jonathan M. Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*, n. 90, 2012, p. 277-298. p. 293. No original: Se nos dirá que cualquier fracción de la multa que reciba el consumidor, por mínima que sea, será un enriquecimiento sin causa. Y es cierto. Pero es una injusticia mucho menor que una parte del beneficio ilegítimo vaya a parar a algunos de los defraudados (los cuales, además, se encontraban en una posición de inferioridad en la relación jurídica), que la otra iniquidad, en la cual la empresa, en ocasiones merced a un cálculo malicioso, retiene la totalidad de esa ganancia fraudulentamente obtenida.

²¹⁰ SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law), *107 Yale Law Journal*, 2011, 1998. Disponível em < https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8307/>, p. 2075-2078.

Uma solução apresentada seria a adoção de um critério misto em relação a soma indenizatória com escopo punitivo, destinando parte em favor do consumidor e outra parte ao Estado ou a um fim público. Em dita solução, pode-se atingir duas finalidades importantes que seriam, de um lado, a manutenção do incentivo aos consumidores em ingressarem com as demandas judiciais, já que receberão uma parcela da indenização, ainda que por uma pequena lesão, e de outro, com a criação de um fundo público para a destinação da indenização, os juízes teriam a liberdade para também arbitram indenizações milionárias quando o enriquecimento ilícito da empresa causadora do dano também se mostrar milionário. Isto porque, atualmente, na justiça argentina, apesar da previsão expressa e máxima de uma indenização de cinco milhões de pesos, os magistrados deixam de arbitrá-la justamente para evitar o famigerado enriquecimento ilícito²¹¹.

Para além dos debates relacionados ao possível enriquecimento ilícito da vítima, as críticas gravitam em relação ao sistema jurídico da *common law* na possível ausência de previsibilidade, que leva a tamanha resistência da doutrina dos sistemas regidos pela tradição oriunda do *civil law* em admitir a possibilidade da aplicação dos danos punitivos, mas, quanto a isso, necessária a discordância, especialmente pelo que já se apontou no estudo.

O sistema de precedentes, ainda que passível de fixar grandes montas a título de indenização, é previsível. Se pode não ser previsível em relação aos valores indenizatórios, sua previsibilidade advém da vinculação das decisões judiciais àquelas que já foram prolatadas em casos análogos por cortes hierarquicamente superiores. Isto implica dizer que, se o valor indenizatório é desconhecido, sem dúvidas, o fato ensejador do pleito é plenamente possível e, antes de tudo, evitável.

Apesar desta discordância pelos fundamentos apontados, corretamente e visando evitar tais assertivas sem maiores discussões doutrinárias, o legislador argentino tratou de superar referidas críticas com a imposição do teto indenizatório, possibilitando assim a efetividade atrelada ao instituto e, igualmente, a possibilidade de previsão, ao menos do patamar máximo, da indenização a ser aplicada.

Portanto, o juiz deve levar em consideração que cinco milhões de pesos não é o único limite que têm para calcular, de forma não arbitrária, uma indenização

²¹¹ BRODSKY, Jonathan M. Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*, n. 90, 2012, p. 277-298. p. 293.

punitiva. De acordo com o Regulamento, o juiz deve graduar o valor da indenização punitiva com argumento explícito (não arbitrário) com base na Lei em vigor. Assim, esse montante não pode exceder (nem ser inferior) do que é suficiente (ou necessário) para cumprir a função de danos punitivos: dissuasão (por meio de sanção) de comportamentos prejudiciais de acordo com o nível de cuidado socialmente aceitável²¹².

Nas justificativas invocadas pelos doutrinadores argentinos em relação a aplicação dos danos punitivos às indenizações não se observa a menção ou ligação aos direitos da personalidade como nas razões expostas alhures, calcando-se apenas na prevalência de justiça e sanção, alheia ao direito penal, com intento de prevenir novos danos da mesma natureza. Aliás, a questão é um pouco controvertida, ao passo que, para alguns, a finalidade precípua dos danos punitivos é, de fato, a punição, sendo que, em caráter secundário, encontra-se a necessidade de dissuasão.

Nessas linhas, mostrou-se como as concepções subjacentes na doutrina e na jurisprudência argentinas a respeito da finalidade das indenizações punitivas se enquadram nas justificativas utilitárias retribucionistas e dissuasivas (...). Portanto, pode-se dizer que a posição que melhor dá conta dessa figura punitiva é aquela que concilia o retribucionismo com o utilitarismo na medida em que persegue a dissuasão. Das duas variáveis mencionadas (mérito limitado pela utilidade e utilidade limitada pelo mérito), acreditamos que a mais adequada é aquela que estabelece o mérito como princípio determinante, enquanto a utilidade funcionará como princípio limitante para quantificar a sanção. (...) Se o direito civil, por meio de seu regime de responsabilidade por danos, pode cumprir funções que o direito penal não pode desempenhar efetivamente, deve dar rédea solta à regulação dessas lacunas na esfera cível. Isso resulta em benefício para o aparato judiciário, haja vista o alto custo econômico que a implantação da repressão criminal significa, a superlotação de casos que se articulam e a estigmatização que um processo penal gera nos acusados responsáveis²¹³.

²¹² IRIGOYEN-TESTA, M. O teto legal dos danos punitivos na Argentina. *civilistica.com*, v. 6, n. 2, p. 1-13, 30 dez. 2017.

²¹³ OTAOLA, María Agustina. La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino. *Revista de la Facultad*, v. V, n. 1, Nueva Serie II, 2014, p. 151-152. No original: En estas líneas, se ha mostrado de qué modo las concepciones subyacentes en la doctrina y en la jurisprudencia argentina respecto de la finalidad de los daños punitivos, encajan con las justificaciones retribucionista y utilitarista disuasiva (...). Por lo tanto, podría decirse que la postura que mejor da cuentas de esta figura punitiva es la que concilia el retribucionismo con el utilitarismo en cuanto persigue la disuasión. De las dos variables mencionadas (merecimiento limitado por la utilidad y utilidad limitada por el merecimiento), creemos que la más adecuada es la que establece como principio determinante el merecimiento, mientras que la utilidad funcionará como un principio limitador para cuantificar la sanción. (...) Si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir con funciones que el derecho penal no puede realizar eficazmente, debe darse vía libre a la regulación de estos vacíos en el ámbito civil. Ello redundará en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable.

Em observância a algumas doutrinas especificadas, pode-se verificar, em verdade, um possível caráter utilitarista na concepção dos danos punitivos incorporados à legislação argentina, sendo possível ainda perceber, de fato, uma maior proximidade da doutrina propagada no *common law*.

Maria Augustina Otaola defende que a figura punitiva pode ser considerada uma conciliação entre a doutrina retribucionista e o utilitarismo enquanto persegue, no fim, a dissuasão. A junção destas duas doutrinas fundamentaria, segundo a autora, o princípio do justo merecimento que se mostra como elemento essencial para a aplicação da multa civil²¹⁴.

Polansky e Shavell, partindo de uma análise manifestamente econômica dos danos punitivos explicam que se uma determinada ação para prevenção de danos custaria \$ 100.000,00 e a probabilidade de que este dano seja descoberto chega a quase cem por cento e o custo para a prevenção seja \$ 50.000,00, então haverá um incentivo econômico para o agente evitar o dano, ao passo que, se as probabilidades de responsabilização se mostrarem inferiores a trinta por cento, por exemplo, verifica-se que eventuais valores pagos a título indenizatório serão inferiores ao valor necessário para a prevenção, de modo que será mais viável, sob o aspecto econômico, causar o dano a evitá-lo²¹⁵. É evidente, neste exemplo, que se estaria diante de uma análise puramente econômica do direito, e a indenização punitiva servirá justamente como controle destes cálculos.

Outro ponto também destacado é o de que os danos punitivos se mostram eficazes no aspecto regulatório do mercado, pois, as empresas que deixam de investir em segurança e préstimo adequado aos consumidores, mas são responsabilizadas, judicialmente, em uma média de 6 a 8 anos após o evento danoso, pagando indenizações baixas, terão, logicamente, menores custos e mais lucros que aquelas que investem em um sistema de controle de danos, tornando assim a própria concorrência desleal e favorecendo, justamente, empresas perversas²¹⁶.

²¹⁴ OTAOLA, Maria Agustina. *La justificación de los daños punitivos: especial atención al régimen de responsabilidad civil argentino*. Editorial académica española: Córdoba, 2017, p. 108-109

²¹⁵ POLANSKY, Mitchell; SAHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economics Analysis. *Harvard Law Review*, 1998, vol. III, n. 65, p. 879.

²¹⁶ TONIOLLO, Javier Alberto. Revisando los daños punitivos a cinco años del Código Civil y Comercial. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, n. 11, 2020, p. 131-149, p. 139.

Sustenta-se sob o esboço da análise econômica do direito que as indenizações devem diminuir o custo social dos incidentes e induzir a população e as empresas a adoção de mecanismos que tendem a prevenir o dano moral²¹⁷.

É possível concluir que a figura do dano punitivo no Direito Argentino busca a sanção de condutas graves, a prevenção de futuras condutas semelhantes pelo medo de uma sanção, o reequilíbrio emocional da vítima, a desaprovação social diante das condutas graves e a proteção do equilíbrio do mercado, bem como o desmantelamento dos efeitos de determinados ilícitos²¹⁸.

3.3 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO ITALIANO

Na Itália, até o ano de 2003, o artigo 2059 do Código Civil, previa que “o dano não patrimonial deve ser indenizado apenas nos casos determinados pela lei (tradução livre)²¹⁹”, que seriam aqueles casos disciplinados pelo artigo 185 do Código Criminal e artigo 89 do Código de Processo Civil. Contudo, por força do julgamento proferido pela Corte de Cassação na decisão nº. 8.828²²⁰, consolidou-se a possibilidade para a indenização do dano de natureza extrapatrimonial.

²¹⁷ AZAR, Julián Ianiv. Daño punitivo: el problema de su aplicación y cuantificación. *Ratio Iuris: Revista de Derecho Privado*, año VIII, n 2, 2020, p. 82-113, p. 86.

²¹⁸ AZAR, Julián Ianiv. Daño punitivo: el problema de su aplicación y cuantificación. *Ratio Iuris: Revista de Derecho Privado*, año VIII, n 2, 2020, p. 82-113, p. 85.

²¹⁹ No original: Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)

²²⁰ Os fundamentos para a mudança de paradigma, passando a acolher também os danos extrapatrimoniais por situações além das disciplinadas no art. 2059 se deram no seguinte sentido, na Cassação Civil, seção III, acórdão nº. 8.828 em 31/05/2003: (...) 3.1.3. A indenização por dano imaterial está prevista no artigo 2059 do Código Civil italiano ("dano imaterial"), segundo o qual: "O dano imaterial deve ser compensado apenas nos casos determinados por lei". À época da promulgação do código civil (1942) a única previsão expressa de indenização por dano imaterial constava do artigo 185 do código penal de 1930. A Câmara considera que a tradicional leitura restritiva do artigo 2.059, em relação ao artigo 185 do Código Penal italiano, visa assegurar proteção apenas contra dano moral subjetivo, sofrimento contingente, perturbação transitória da alma causada por fato ilícito crime integral (interpretação fundada no trabalho preparatório do código de 1942 e amplamente seguida pela jurisprudência), não pode ser mais compartilhada. No atual arcabouço jurídico, em que a Constituição assume posição de destaque - que, em seu artigo 2º, reconhece e garante os direitos invioláveis do homem -, o dano imaterial deve ser entendido como uma categoria ampla, incluindo qualquer hipótese em que um valor inerente da pessoa é prejudicado. 3.1.4. Esta conclusão é sustentada pela evolução progressiva que tem ocorrido na disciplina deste setor, marcada pela nova postura adotada, quer pelo legislador, quer pela jurisprudência, em relação à proteção reconhecida ao dano imaterial, no seu mais amplo sentido de dano causado pela lesão de interesses inerentes à pessoa não caracterizada por relevância econômica (neste sentido, ver o antigo Tribunal Constitucional, acórdão 88/1979). 3.1.4.1. Na legislação que segue o código há uma notória extensão dos casos de reconhecimento expresso de indemnização por danos morais mesmo fora da hipótese de crime, em relação ao

Posteriormente, a decisão nº. 233²²¹ proferida pela Corte Constitucional Italiana, também em 2003, estabeleceu a distinção entre três modalidades de danos extrapatrimoniais: o dano moral subjetivo, o dano biológico estrito e o dano existencial.

comprometimento de valores pessoais (artigo 2º da lei 117/88: indemnização também por danos imateriais decorrentes da privação de liberdade pessoal causada pelo exercício de funções judiciais; artigo 29.º, n.º 9, da lei 675/96: utilização de meios ilícitos na recolha de dados pessoais; artigo 44.º, n.º 7, do decreto legislativo 286/98: adopção de atos discriminatórios por motivos raciais, étnicos ou religiosos; artigo 2.º da lei 89/2001: incumprimento do prazo razoável de duração do julgamento). 3.1.4.2. Além disso, a evolução da jurisprudência deste Supremo Tribunal revela-se significativa, instada pela necessidade cada vez mais sentida de garantir a reparação integral dos danos sofridos injustamente, não só nos bens entendidos em sentido estritamente económico, mas também nos valores próprios da pessoa (artigo 2.º Custas). Nesse sentido, a relevante inovação constituída pela admissão à indenização (a partir da sentença 3.675/81) daquele determinado valor de dano imaterial (exceto dano imaterial subjetivo) que é o dano biológico, fórmula com a qual é designou a hipótese de violação do interesse constitucionalmente garantido (artigo 32.º da Constituição) à integridade psíquica e física da pessoa. (...) 3.1.5. Chegando agora à questão crucial do limite a que o artigo 2059.º do código de 1942 sujeita a indemnização por danos morais, através da reserva legal, originalmente explicada apenas pelo artigo 185.º do código penal (mas ver também o artigo 89.º do Código Civil), entende a Direção que, tendo em conta os valores pessoais de importância constitucional, deve excluir-se que a indemnização do dano imaterial decorrente fique sujeita ao limite decorrente da reserva legal relativa ao artigo 185.º do Código Criminal. Uma leitura constitucionalmente orientada do dispositivo exige que esse limite seja considerado ineficaz se a lesão incidir em valores constitucionalmente garantidos da pessoa. É preciso considerar, de fato, que na hipótese de a lesão ter afetado um interesse constitucionalmente protegido, a reparação por indenização (quando tal forma específica não for praticável) constitui a forma mínima de proteção, e uma proteção mínima não pode ser sujeito a limites específicos. , uma vez que daí resulta a recusa da proteção nos casos excluídos (cf. Tribunal Constitucional, acórdão 184/86, que, no entanto, recorre ao argumento de alargar o âmbito de proteção do artigo 2043.º aos danos imateriais de lesão da integridade biopsíquica; Por outro lado, a referência aos casos em que a lei permite a reparação do dano imaterial pode muito bem referir-se, após a entrada em vigor da Constituição, também às disposições da lei fundamental, uma vez que o reconhecimento no Constituição de direitos invioláveis inerentes à pessoa não possuindo natureza econômica implícita, mas, necessariamente, requer proteção, e, portanto, constitui caso determinado por lei, ao mais alto nível, de reparação de dano imaterial. (...) Disponível em <<https://www.altalex.com/documents/news/2010/06/10/danno-non-patrimoniale-per-la-lesione-di-valori-personali-di-rilievo-costituzionale>> Acesso em 19 de maio de 2022.

²²¹ (...) Nesse sentido, é útil pressupor – ainda que seja um perfil apenas indiretamente ligado à questão em questão – que a tradicional afirmação segundo a qual o dano imaterial a que se refere o art. 2059 cod. civil seria identificado com o chamado dano moral subjetivo. Em dois acórdãos muito recentes (Cass., 31 de maio de 2003, nos. 8.827 e 8.828), que têm a vantagem indiscutível de trazer de volta à racionalidade e coerência o conturbado capítulo da proteção da indenização por danos pessoais, é, de fato, propôs, com riqueza de argumentos - no quadro de um sistema bipolar de dano material e imaterial - uma interpretação constitucionalmente orientada do art. 2059 cod. civil., visa incluir no dispositivo abstrato da lei qualquer dano de natureza imaterial decorrente de dano a valores inerentes à pessoa: e, portanto, tanto dano moral subjetivo, entendido como perturbação transitória do estado de espírito da vítima; ambos os danos biológicos em sentido estrito, entendidos como ofensa ao interesse constitucionalmente garantido pela integridade psíquica e física da pessoa, decorrente de exame médico (artigo 32 da Constituição); e, finalmente, o dano (muitas vezes definido na doutrina e na jurisprudência como existencial) decorrente da lesão a (outros) interesses de ordem constitucional inerentes à pessoa. entendido como violação do interesse constitucionalmente garantido pela integridade psíquica e física da pessoa, decorrente de exame médico (artigo 32 da Constituição); e, finalmente, o dano (muitas vezes definido na doutrina e na jurisprudência como existencial) decorrente da lesão a (outros) interesses de ordem constitucional inerentes à pessoa. entendido como violação do interesse constitucionalmente garantido pela integridade psíquica e física da pessoa, decorrente de exame médico (artigo 32 da Constituição); e, finalmente, o dano (muitas vezes definido na doutrina e na jurisprudência como existencial) decorrente da lesão a (outros) interesses de ordem constitucional inerentes à pessoa. No que se refere especificamente à questão - que aqui nos interessa - do

Nota-se, portanto, que a legislação italiana, em verdade, não adotou a indenização pelo dano extrapatrimonial no mesmo contexto que o direito brasileiro, o que foi ressignificado por força de julgados, à luz de uma interpretação constitucional do Código Civil, havendo a expansão para os danos morais, existenciais e biológicos.

E, ao adotar a possibilidade de extensão dos danos extrapatrimoniais indenizáveis, a legislação italiana não trouxe previsão expressa da aplicação de danos punitivos, especialmente pelo contido no artigo 2043 do Código Civil, cuja redação dispõe que “qualquer fato doloso ou culposo que causa dano injusto a outrem obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano (tradução livre)²²²”, restando claro, portanto, que o ordenamento se baseia no princípio da reparação integral.

Pautando-se justamente neste princípio, no ano de 2007, em um pedido de homologação de sentença estrangeira, em que o Tribunal do Estado do Alabama, EUA, havia fixado uma indenização de US\$ 1 milhão contra uma fabricante italiana de fivelas de capacete, pois ficou reconhecido no curso do processo que a fivela do capacete apresentava um defeito de fabricação, fazendo com que o capacete se desprendesse da cabeça da vítima durante o acidente, causando assim a sua morte. Em prol da mãe da vítima de um acidente fatal de motocicleta, a Corte de Cassação da Itália²²³, analisando recurso interposto contra a decisão da Corte de Apelação de Veneza, manteve a decisão desta última, deixando de homologar a decisão oriunda dos EUA, sob o argumento de que a condenação imposta a título de danos punitivos

ressarcimento do dano imaterial em caso de culpa presumida, outros acórdãos, também muito recentes, do juiz de legitimidade, a partir da "necessidade cada vez mais sentida de garantir a reparação integral do dano sofrido injustamente (...) nos valores pessoais da pessoa, também com referência ao art. 2º da Constituição”, chegaram à enunciação de um princípio de direito perfeitamente coerente com as considerações até agora feitas. De fato, consta nestas sentenças que a indenização por dano imaterial nos termos do art. 2059 cod. civil e 185 cód. caneta. não exclui a falta de apuração da culpa do autor do dano se este, como nos casos previstos nos artigos 2051 e 2054 cod. civ., "deve ser considerado existente com base em uma presunção de lei e se,

Portanto, não há óbice, nem mesmo sob o aspecto de direito vital oposto, à aceitação de interpretação oposta àquela da qual parte o remetente ao suscitar a dúvida de constitucionalidade. (...). Disponível em <<https://www.altalex.com/documents/news/2008/08/27/il-danno-non-patrimoniale-e-risarcibile-anche-nel-caso-di-colpa-presunta>> Acesso em 19 de maio de 2022.

²²² No original: Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185).

²²³ “Errado é acreditar em qualquer identificação (...) entre o ressarcimento do dano moral e o instituto dos danos punitivos. O dano moral corresponde a uma lesão sofrida pela vítima e não do ofensor. A finalidade perseguida é sobretudo aquela de recompor o dano, enquanto no caso dos *punitive damages* (...) não há nenhuma correspondência entre o montante da compensação e o dano efetivamente sofrido” (tradução livre). ITÁLIA. Corte de Cassação Italiana, 17 de Maio de 2007, nº. 1183, GI 2007, 12, 2724, in DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 165.

afrontava a ordem pública italiana e o próprio ordenamento, cuja previsão para reparação de danos se baseia no princípio da reparação integral²²⁴.

No curso dos anos, contudo, a corte modificou o próprio entendimento, reconhecendo então, no acórdão 16.601²²⁵ de 5 de Julho de 2017, que se buscava a execução de sentença proferida pela Corte de Apelação do Estado da Flórida, EUA, que não há incompatibilidade do ressarcimento punitivo com o ordenamento italiano e ainda demonstrando que a responsabilidade civil deve ser um instituto capaz de dar respostas às necessidades emergenciais e que não se pode admitir um caráter inerte, mostrando-se polifuncional.

Existe, portanto, na atualidade, o reconhecimento pelas cortes italianas que as indenizações por danos extrapatrimoniais possuem também uma função punitiva,

²²⁴ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 165.

²²⁵ No ordenamento jurídico atual, à responsabilidade civil não é atribuída apenas a tarefa de restabelecer a esfera patrimonial do lesado, uma vez que as funções dissuasória e sancionatória do responsável civil são internas ao sistema. A instituição de origem norte-americana da compensação punitiva não é, portanto, ontologicamente incompatível com o ordenamento jurídico italiano. O reconhecimento de uma sentença estrangeira que contenha uma sentença deste tipo deve, no entanto, corresponder à condição de que tenha sido feita no ordenamento jurídico estrangeiro numa base normativa que garanta a tipicidade das hipóteses de condenação, a previsibilidade das mesmas e a limites quantitativos, devendo ter em conta, no momento da deliberação, apenas os efeitos do ato estrangeiro e a sua compatibilidade com a ordem pública. (...) 5.1) Em 2007 o STF fundamentou a recusa de reconhecimento de decisão sobre a matéria, sancionando o não envolvimento em indenização por dano da ideia de punição e sanção, bem como a indiferença da “conduta do ofensor”. Afirmou o caráter monofuncional da responsabilidade civil, tendo como única função “restaurar a esfera patrimonial” do lesado. Imediatamente censurada pela doutrina majoritária, que criticava o contraste entre essas proposições e a trajetória dinâmica da noção de responsabilidade civil nas décadas anteriores, a sentença 1183/07 foi confirmada alguns anos depois. Em Cassi. 1781/2012 a exclusão da natureza sancionatória da responsabilidade civil foi mais explicitamente referida aos limites da “verificação da compatibilidade com a lei italiana da condenação estrangeira para indenização por danos de responsabilidade contratual”. As Seções Unidas entendem que esta análise está desatualizada e não pode mais constituir, nestes termos, um filtro adequado para a avaliação em discussão. Há alguns anos, as United Sections (vide SU 9100/2015 sobre o tema da responsabilidade dos administradores) têm destacado que a função sancionatória da indenização por danos não é mais “incompatível com os princípios gerais de nosso ordenamento jurídico, como outrora acreditava, visto que nas últimas décadas foram introduzidos aqui e ali disposições destinadas a dar uma conotação da sanção lato sensu à indemnização”. No entanto, as Seções Unidas especificaram que essa conotação sancionatória não é admissível, exceto nos casos em que “certa lei o prevê claramente, afirmando o princípio inferível do art. 25 da Constituição, § 2º, bem como do art. 7º do art. a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”. (...) No entanto, não podem ser utilizados para suprimir o que emergiu da trajetória que o instituto da responsabilidade civil seguiu nas últimas décadas. Em síntese extrema, pode-se dizer que ao lado da preponderante e primordial função reparadora compensatória do instituto (que invariavelmente toca a dissuasão) surgiu uma natureza multifuncional (um autor contou mais de uma dezena de funções), que se projeta para mais áreas, inclusive. As principais são certamente a preventiva (ou dissuasiva ou dissuasiva) e a sancionatória-punitiva. (...) (tradução livre) ITÁLIA. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Acórdão n. 1660. n. 8, p. 2; ESTADOS UNIDOS. BMW of North America, Inc. v. Gore, 517, 1996. Disponível em < <https://www.lavorodirittieuropa.it/sentenze/sentenze-danni-punitivi/80-cassazione-civile-sezioni-unite-sentenza-05-07-2017-n-16601> > Acesso em 20 de maio de 2022.

razão pela qual as Cortes passaram a afirmar que as indenizações pelos danos extrapatrimoniais exercem as funções de compensação, punição e dissuasão, fazendo com que os juízes também levem em conta, quando do arbitramento das indenizações, não apenas os fatores relacionados à extensão do dano, como também as condições do próprio ofensor e a sua conduta, especialmente a gravidade, grau de culpa, capacidade econômica e lucro obtido com o ilícito²²⁶.

Em que pese não haja condições de confirmar, legalmente, que a indenização punitiva é aceita no ordenamento italiano, especialmente pelo contido no Código Civil vigente, verifica-se que a Jurisprudência tem admitido e revisto o caráter único da responsabilidade civil, demonstrando, portanto, que apesar de um sistema indenizatório fechado, tem-se construído, no curso da história, tanto a possibilidade de indenização pela lesão aos interesses extrapatrimoniais, que, como visto, é fruto de julgados, como também uma recepção da ideia deste escopo multifuncional e sancionatório da responsabilidade civil.

3.4 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO PORTUGUÊS

Foi exatamente na virada dos anos de 1900 e durante toda a primeira metade do século XX, no período pré-código de 1966, que vários doutrinadores portugueses passaram a indagar sobre as funções da responsabilidade civil²²⁷. No final dos anos 80, propagava-se no âmbito doutrinário, as ideias esposadas por Júlio Gomes, para quem era necessária uma resignificação da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil, passando a identificar também o caráter punitivo ou preventivo-punitivo como destacado na obra do citado doutrinador, para quem “as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias históricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis num quadro de declarada impotência do legislador penal e de estéril fidelidade

²²⁶ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 164.

²²⁷ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Função punitiva dos danos morais: a experiência estadunidense e portuguesa e a realidade brasileira nos 15 anos do ccb. *In RJLB*, Ano 3 (2017), nº 6, p. 1505-1538, p. 1521. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1505_1538.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2022.

do legislador civil a modelos ressarcitórios²²⁸, ao passo que, também na jurisprudência, ainda no início dos anos 90, mostrou-se evidente essa busca de uma nova roupagem para a indenização por dano extrapatrimonial, como se percebe pela decisão prolatada pelo Supremo Tribunal de Justiça no processo nº. 02A1321²²⁹, cujos

²²⁸ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?. *Revista de Direito e Economia*. ISSN 0870-8835. Separata (1989), p. 105-144.

²²⁹ (...) 3ª Questão: da indemnização por danos não patrimoniais: 1 - Quanto aos danos não patrimoniais, o artigo 496º, n.º 3, manda fixar o montante da respectiva indemnização equitativamente, tendo em atenção as circunstâncias referidas no artigo 494º, ou seja, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso, entre as quais se contam as lesões sofridas e os correspondentes sofrimentos, não devendo esquecer-se ainda, para evitar soluções demasiadamente marcadas pelo subjetivismo, os padrões de indemnização geralmente adoptados na jurisprudência, ou as flutuações do valor da moeda (21). Deverá ter-se ainda presente que a jurisprudência deste Supremo Tribunal em matéria de danos não patrimoniais tem evoluído no sentido de considerar que a indemnização, ou compensação, deverá constituir um lenitivo para os danos suportados, não devendo, portanto, ser miserabilista. Como se decidiu recentemente neste STJ, a compensação por danos não patrimoniais, para responder atualizadamente ao comando do artigo 496º e constituir uma efetiva possibilidade compensatória, tem de ser significativa, viabilizando um lenitivo para os danos suportados e, porventura, a suportar (22). As dores e sequelas que, do ponto de vista da perda de qualidade de vida, irão prolongar-se no tempo, são padecimentos subsumíveis à categoria dos prejuízos não patrimoniais. Segundo um Autor italiano (G. Verga, em *Il reato di lesione personale e la valutazione civile del danno da lesione*, 1967) citado por Antunes Varela, incluem-se entre os danos não patrimoniais indemnizáveis as dores físicas e psíquicas, a perturbação da pessoa, os sofrimentos morais, os prejuízos na vida de relação, sobretudo os provenientes de deformações estéticas. A este propósito, Antunes Varela desenvolve algumas reflexões que é útil recordar (23): "O montante da indemnização deve ser proporcionado à gravidade do dano, devendo ter-se em conta na sua fixação todas as regras de prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida. É este, como já foi observado por alguns autores, um dos domínios onde mais necessários se tornam o bom senso, o equilíbrio e a noção das proporções com que o julgador deve decidir". E, citando o Autor italiano G. Verga, a propósito da orientação do Tribunal de Cassação de Roma, mais escreve Antunes Varela: "Embora a determinação dos danos desta natureza - danos não patrimoniais indenizáveis - e do seu montante dependa do prudente arbítrio do juiz, deve este referir sempre com a necessária precisão o objeto do dano, para evitar que a sua liquidação se converta num ato puramente arbitrário do tribunal". Para Dario Martins de Almeida, "quando se faz apelo a critérios de equidade, pretende-se encontrar somente aquilo que, no caso concreto, pode ser a solução mais justa; a equidade está assim limitada sempre pelos imperativos da justiça real (a justiça ajustada às circunstâncias) em oposição à justiça meramente formal. Por isso se entende que a equidade é sempre uma forma de justiça. A equidade é a resposta àquelas perguntas em que está em causa o que é justo ou o que é mais justo" (24). Segundo Mota Pinto, os interesses cuja lesão desencadeia um dano não patrimonial são infungíveis; não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, contrabalançar o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização. Não se trata, portanto, de atribuir ao lesado um "preço de dor" ou um "preço de sangue", mas de lhe proporcionar uma satisfação em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal (25). Resulta do exposto que o juiz, para a decisão a proferir no que respeita à valoração pecuniária dos danos não patrimoniais, em cumprimento da prescrição legal que o manda julgar de harmonia com a equidade, deverá atender aos fatores expressamente referidos na lei e, bem assim, a outras circunstâncias que emergem da factualidade provada. Tudo com o objetivo de, após a adequada ponderação, poder concluir a respeito do valor pecuniário que considere justo para, no caso concreto, compensar o lesado pelos danos não patrimoniais que sofreu. Assim se compreende que a atividade do juiz no domínio do julgamento à luz da equidade, não obstante se veja enformada por uma importante componente subjetiva, não se reconduza ao puro arbítrio. Mas, como se escreve no já citado Acórdão deste STJ de 23-09-98, processo nº. 553/98, 1ª Secção, "claro que o julgador ao atribuir esta compensação não está subordinado a critérios normativos fixados

fundamentos, além dos doutrinários, advém das decisões oriundas dos anos de 1994 e 1998, sendo, este último, o primeiro acórdão a fazer referência expressa ao conceito de indenização punitiva.

No aspecto legislativo, contudo, pela leitura do artigo 496²³⁰ do Código Civil Português, verifica-se a ausência de uma previsão punitiva, voltando-se, portanto, apenas a função reparatória ou compensatória, havendo, inclusive, menção expressa, no artigo 494²³¹ do mesmo diploma, a possibilidade de redução da indenização, abaixo do próprio valor do dano para os casos de mera culpa.

Ainda assim, a jurisprudência mais recente é no sentido da necessária e possível função punitiva para as indenizações por danos extrapatrimoniais, como se infere pela decisão proferida no processo 1405/07 pelo Supremo Tribunal de Justiça²³².

na lei. O que aqui tem força são razões de conveniência, de oportunidade, de justiça concreta em que a equidade se funda (26).

Como se pode ler no sumário do Acórdão do STJ de 01-02-94, processo n.º 84692, "a indemnização por danos não patrimoniais tem natureza mista: visa, por um lado, reparar os danos sofridos pelo lesado, e, por outro, reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente". PORTUGAL, 02A1321 Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/f83eef66ec4efcb780256879006bc015?CreateDocument>> Acesso em 20 de maio de 2022.

²³⁰ ARTIGO 496º (Danos não patrimoniais) 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior

²³¹ ARTIGO 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

²³² (...) 14. Dos danos não patrimoniais: O A. vem pôr em causa o valor arbitrado a título de danos não patrimoniais, pugnando para que os mesmos sejam fixados em valor não inferior a 300.000,00. 14.1. Ao lado dos danos patrimoniais, há outros prejuízos (como as dores físicas, os desgostos morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens como a saúde, o bem-estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome), os chamados danos não patrimoniais, contemplados no art.º 496º, do Código Civil. Danos não patrimoniais indemnizáveis são aqueles que, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito (art. 496º n.º 1 do CCivil), sendo certo que no seu ressarcimento não se pode falar de uma genuína indemnização. Destina-se, sim, a permitir que, com essa quantia monetária, o lesado encontre compensação para a dor, o que impõe que o seu montante deva ser proporcional à gravidade do dano, ponderando-se, para tal, nas regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas e do criterioso sopesar das realidades da vida, em conformidade com o preceituado no n.º 3 daquele art. 496º do CCivil. Por outro lado, o art. 496º, n.º 1, do CCivil restringe a ressarcibilidade dessa sorte de danos, àqueles "que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito", devendo tal gravidade medir-se por um padrão objetivo e não à luz de fatores subjetivos. E a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo

Apesar deste reconhecimento da função punitiva para os danos extrapatrimoniais, as críticas doutrinárias são feitas, pois, os montantes indenizatórios acabam se mostrando diminutos se comparados com aqueles arbitrados no campo jurisprudencial europeu.

Com efeito, na fundamentação das decisões judiciais de 1.^a instância relativas à responsabilidade civil por danos não patrimoniais, a indemnização não é calculada de forma rigorosa. Por exemplo, não se consegue distinguir o montante que decorre do critério X ou Y utilizado, v. g. que o montante A se deve ao grau de culpa do agente, a quantia B à situação económica do agente (em especial, o lucro decorrente da conduta ilícita e culposa), e o valor C à situação económica do lesado e, só depois, de acordo com a equidade, concluir-se que o montante global D resultava da soma de A, B e C. No entanto, parece-nos que importa aumentar o rigor na avaliação do dano e, conseqüentemente, no cálculo da indemnização, em especial, da indemnização sancionatória²³³.

Forçoso concluir, portanto, que também no direito português, apesar da recepção da ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil, inexistente regulamentação específica, e, para além, gravitam as críticas também em torno da insuficiência das indenizações fixadas, observando-se, a partir da doutrina, que ainda é vantajoso a determinados segmentos causarem os danos de natureza extrapatrimonial a partir dos cálculos de lucro *versus* indenizações, o que remonta também as imprecisões indenizatórias brasileiras.

grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Nos danos não patrimoniais, "a grandeza do dano só é susceptível de determinação indiciária fundada em critérios de normalidade. E insusceptível de medida exata, por o padrão ser constituído por algo qualitativo diverso como é o dinheiro, meio da sua compensação". «No domínio dos danos não patrimoniais, atendendo a que a reconstituição natural não é possível, como o não é a tradução em números do volume de dores, angústias e desilusões, o legislador manda logo julgar de acordo com a equidade (cfr. art.º 496º, nº 3 do C.C. que remete para o artº 494º do mesmo diploma), devendo o juiz procurar um justo grau de "compensação"». Na fixação desta indemnização deve também ter-se em conta uma componente punitiva, de reprovação ou castigo, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, da conduta do agente, como vem também sendo salientado pela doutrina e pela jurisprudência. Em suma, o montante indenizatório correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica e à do lesado e às demais circunstâncias do caso. (...). Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/f83eef66ec4efcb780256879006bc015?CreateDocument>> Acesso em 20 de Maio de 2022.

²³³ LOURENÇO, Paula Meira. Indenização punitiva e os critérios para a sua determinação. p. 14-15. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>

3.5 OS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOCTRINA E OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA

Como já apresentado nos capítulos anteriores, o Direito se mostrou, ao longo dos séculos e da história, uma ciência amoldável aos mais variados contextos e necessidades que a sociedade conclamava. Tanto é que, neste cenário evolutivo, dividiu-se os campos do direito, que, na Grécia Antiga e no Império Romano, apresentava-se de modo totalmente penalista, ainda que com sanções e tutelas que, na atualidade, são próprias do direito civil, e, não se pode perder de vista ainda que a responsabilidade civil, em si, é fruto de toda esta evolução.

É justamente em razão destas necessidades que, como tem se observado, a ideia de responsabilidade civil pautada exclusivamente em uma noção da reparação integral dos danos, cuja inspiração para este modelo adveio do direito francês, mostrou-se insuficiente para as necessidades conclamadas pela sociedade, razão pela qual, países da *civil law* admitem, ainda que de forma jurisprudencial, a necessidade de um viés punitivo.

Como rememorado por Paulo de Tarso Sanseverino, tanto o Código Civil Brasileiro de 1916, no artigo 1.059, como o de 2002, no artigo 944, inspirados fortemente pelo Código Civil Francês, especificamente no artigo 1.149, adotaram, no que concerne a responsabilidade civil, a ideia do princípio da reparação integral, tanto para a responsabilidade civil patrimonial como extrapatrimonial, deixando-se de lado a vinculação da indenização a culpa e limitando-a aos próprios danos²³⁴.

No que tange ao princípio da reparação integral no campo patrimonial, não há que se discutir ou buscar controvérsias, tendo em vista que o prejuízo é auferível por simples cálculo aritmético. Contudo, é justamente na responsabilidade extrapatrimonial em que a manutenção do referido princípio se mostra desproporcional e advém a necessidade, tanto no cenário nacional como estrangeiro, de se buscar um modelo indenizatório eficaz. Neste sentido:

Sérgio Severo manifesta a sua concordância com as objeções apresentadas por Geneviève Viney por entender existir uma incompatibilidade lógica de se reparar integralmente um prejuízo extrapatrimonial: “daí o caráter satisfativo da reparação do dano moral”. Critica, ainda, a impossibilidade de aferição da culpa por afastar o seu elemento preventivo. Outro aspecto insatisfatório da

²³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48-50.

aplicação indiscriminada do princípio da reparação integral é o afastamento dos critérios de atenuação e agravamento da indenização, em nome da equidade. Ressalta, porém, o papel secundário que se pode atribuir ao princípio da reparação integral, por não ser absoluto, como um objetivo a ser alcançado (uma solução justa do caso), assegurando critérios que permitam obter uma segurança jurídica e igualdade entre os jurisdicionados²³⁵.

Imperioso destacar que o contido no atual artigo 944 do Código Civil, precedido pelo que dispunha o artigo 1.059 do Código Civil de 1916, refere-se exclusivamente a ideia patrimonialista do direito civil moderno-liberal no final do século XIX e início do século XX, que influenciou a responsabilidade civil no direito brasileiro. É perfeitamente notória a limitação da indenização em razão de uma preocupação com o enriquecimento do lesado. Todavia, a partir das modificações implementadas no direito civil pela ótica da constitucionalização, mostra-se necessário o rompimento do paradigma exclusivamente reparatório, sendo necessário que a responsabilidade civil seja ressignificada e o olhar, ainda hoje, monofuncional de seus princípios, sejam observados e complementados pelas redescoberta da justiça aristotélica em sua bilateralidade, o que foi objeto de análise anteriormente, estabelecendo-se também princípios éticos para essa nova roupagem, devendo-se ainda efetivar a aplicação dos filtros principiológicos constitucionais e, por fim, compreender também a atual necessidade de tutela contra ilícitos lucrativos²³⁶.

Como visto anteriormente, a jurisprudência italiana, afastando-se do olhar exclusivamente reparatório da responsabilidade civil, tem admitido o caráter punitivo sob essa ótica polifuncional da responsabilidade civil, que se mostra cada vez mais necessária, como também elucidado por Nelson Rosenvald:

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restituitórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. O esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela “camisa de força” compensatória, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para preveni-lo, remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos²³⁷.

²³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

²³⁶ PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 216-218.

²³⁷ ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 1 set. 2019, p. 1.

Todavia, a ideia de um modelo polifuncional da responsabilidade civil, que vislumbra, para além da reparação de danos também a ideia punitiva, mostra-se um dissenso complexo, inicialmente, no campo doutrinário, ao passo que alguns se inclinam pela inadmissão de um aspecto punitivo, pois, haveria uma confusão entre direito civil e direito penal, ou ainda em razão do possível enriquecimento ilícito do ofendido, ou pela suposta ausência de previsão legal, pela incompatibilidade de uma função punitiva em um ordenamento que prevê a responsabilidade civil objetiva, e, por fim, a incompatibilidade do aspecto punitivo da responsabilidade civil por sistemas oriundos da tradição *civil law*.

3.5.1 A Suposta Incompatibilidade da Punição no Direito Civil e a Ausência de Previsão Legal Autorizativa para o Dano Punitivo

Um olhar simplista do ordenamento jurídico pode levar a ideia de que o direito civil não possui qualquer viés punitivo e que, eventual indenização com este propósito estaria pondo em risco as garantias que são próprias ao direito penal. Aliás, como aduz a doutrina, a adoção deste viés punitivo implicaria em verdadeira pena privada.

Isto porque, nos ordenamentos jurídicos vinculados à família romano-germânica, a separação entre responsabilidade civil e penal, notadamente, a partir do Código Civil Francês, determina que as penas privadas sejam vistas como resquícios da barbárie, e, por consequência, tenham entrado em desuso²³⁸.

Anderson Schreiber assevera que a punição fere frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, em razão da aplicação de uma pena sem balizamento legal, sem garantias processuais próprias e, principalmente, sem prévia tipificação da conduta lesiva em ordenamento próprio²³⁹.

Em sentido próximo a acima citada, tem-se a doutrina de Wilson Melo da Silva²⁴⁰, que afirma a inexistência de um caráter punitivo na reparação dos danos

²³⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro*. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 17.

²³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015 p. 213.

²⁴⁰ MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 346-347.

extrapatrimoniais, elencando, dentre outros, como motivos principais para a inviabilidade o fato de que a pena pressupõe a existência de texto legal expresso (*nullum crimen sine lege*), bem como o delito pressupor culpa do agente, ao passo que a reparação do dano, nem sempre, exige a existência de culpa (responsabilidade objetiva).

Significa dizer, portanto, a partir das ideias expostas pelos autores que inexistente previsão legal para punição do dano extrapatrimonial como existe, por exemplo, a previsão expressa pela prática de um ilícito como matar alguém, com pena e tipo previsto no código penal.

Para José de Aguiar Dias²⁴¹, a ideia de um caráter punitivo é manifestamente contrária ao princípio da restituição integral, ao passo que, para ele, a reparação do dano extrapatrimonial deve seguir a mesma função que aquela exercida pelo dano patrimonial, ou seja, a restituição do lesado à exata situação anterior ao evento danoso.

Para Romualdo Baptista dos Santos, a responsabilidade civil também manifesta um caráter estritamente reparatório, embora possa, subsidiariamente, surtir efeitos pedagógicos, punitivos ou dissuasórios no íntimo do ofensor. Esclarece o autor que a função punitiva é reservada para as demais modalidades de responsabilidade jurídica²⁴².

Mesmo na doutrina argentina, como elucidado anteriormente neste trabalho, existem divergências acerca da aplicação do dano punitivo, muito embora tenha havido a reforma do Código de Defesa do Consumidor, com a adoção expressa e literal, no texto de lei para a aplicação de referida indenização.

Estas discussões, inclusive, levaram ao fracasso o projeto de Lei nº. 6.960/2002, proposto pelo Deputado Ricardo Fiúza, pouco tempo após a vigência do Código Civil de 2002. O projeto em questão, que previa a inclusão de um § 2º ao art. 944 foi apresentado com a seguinte redação: 'A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante'. Contudo, a proposta foi rejeitada sob o argumento de que a indenização por dano moral ser incompatível com o conceito de pena que se observaria com a inclusão do

²⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 736.

²⁴² SANTOS, Romualdo Baptista. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Juruá: Porto, 2018, p. 112.

respectivo parágrafo e, seguiu-se ainda com a justificação de que a quantificação para o dano moral deve se basear na extensão do dano²⁴³.

A ideia de que o direito civil não se compatibiliza com uma possível função punitiva, como esposado pelos autores citados e mesmo pela rejeição do projeto de lei mencionado, mostra-se falaciosa. Como apontado, no direito pátrio não são poucos os exemplos de institutos típicos de direito civil com indisfarçável caráter punitivo, podendo-se citar, brevemente, os juros de mora, a cláusula penal, as arras, o pagamento em dobro e a restituição em dobro, o que evidencia que a bipartição, direito civil e direito penal, é de ordem metodológica ou didática e não a partir de uma lógica-jurídica²⁴⁴.

É fundamental que a doutrina, especialmente àqueles que afirmam a incompatibilidade da punição nas veredas do direito civil se atente ao fato de que a diferenciação entre ilícito civil e penal não pode significar uma visão unitarista do ilícito, haja vista que, na essência, apresenta-se o mesmo objeto, ou seja, uma conduta humana que será sancionada por ofensa ao ordenamento jurídico. Trata-se, como já mencionado, de uma distinção finalística e não de objeto. Isto porque, o delito civil e o delito penal têm diversos elementos em comum. Todavia, no delito penal, o criminoso lesa interesses sociais, enquanto, no ilícito civil, há lesão de direitos subjetivos ou situações jurídicas subjetivas determináveis. Em resumo, pode-se dizer que a separação do crime e do ilícito civil são, primordialmente, teleológicos, não se podendo perder de vista que ambos tratam, em essência, do mesmo fenômeno, qual seja, o ato do homem, dando-lhe efeitos diversos²⁴⁵.

Superado, portanto, o debate acerca da incompatibilidade de punição no campo do direito civil, adentra-se às discussões acerca da ilegalidade de referida matéria, ante o argumento de que o ordenamento não possui, até o momento, previsão de aplicação de uma indenização punitiva.

Maria Helena Diniz justifica que “a indenização punitiva contribuirá para a manutenção do equilíbrio das relações de consumo e para a defesa do contratante (consumidor) em posição de inferioridade reconstruindo integralmente o patrimônio da

²⁴³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 94.

²⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 233-234.

²⁴⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 329-330.

vítima do dano²⁴⁶”, e, destaca ainda que a importância da aplicação dos danos punitivos nas relações de consumo se dá não só pela própria reparação, mas, antes de tudo para incitar o particular a cumprir a lei.

E já que a previsão legal ainda não é contemplada no ordenamento, como forma de garantir a aplicação dos danos punitivos nas relações de consumo, no mesmo ensaio, Maria Helena Diniz traz como lacuna legislativa e, conseqüentemente, autorização para a aplicação, ainda que, diferentemente do contexto argentino, não esteja prevista no CDC essa aplicação, pela força contida nos arts. 4º e 5º da LINDB, atrelando-se ainda a lesão aos direitos da personalidade, como no caso dos danos extrapatrimoniais e ao art. 12 do Código Civil, como justificativa à incidência desta modalidade indenizatória²⁴⁷.

Neste mesmo sentido, Raquel Bernardi (2012, p. 193) reconhece que a Constituição Federal possui princípios e fundamentos que se mostram suficientes para a adoção e aplicação da função punitiva, em especial a dignidade humana e a lesão aos direitos da personalidade, já que “para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade, impõe-se o emprego não apenas ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para o alcance desse desiderato²⁴⁸”.

Corroborando os entendimentos citados, também importante suscitar a doutrina de Rogério Donnini que defende ser desnecessário qualquer dispositivo específico para o acolhimento da indenização com valor de desestímulo, sustentando que as ponderações de justiça que integram o ordenamento, tanto no plano constitucional como infraconstitucional, a exemplo da dignidade humana, justiça social, solidariedade, vedação ao abuso de direito, função social dos institutos de Direito Privado, exercem a função de cláusula geral, de modo a inibirem a prática de atividades lesivas. Pode-se dizer ainda que a não aplicação do valor de desestímulo

²⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. “Punitive damages” do “common law” nas indenizações por dano extrapatrimonial causado a consumidor: uma possibilidade jurídica no direito brasileiro. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Salvador, v. 4, n. 1, Jan/Jun. 2018, p. 78 – 110, p. 94.

²⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. “Punitive damages” do “common law” nas indenizações por dano extrapatrimonial causado a consumidor: uma possibilidade jurídica no direito brasileiro. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Salvador, v. 4, n. 1, Jan/Jun. 2018, p. 78 – 110, p. 94-95

²⁴⁸ BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Danos punitivos: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos*. 2012. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6040>>, p. 193.

no campo das indenizações reguladas pelo Direito Civil viola o próprio princípio da boa-fé objetiva, posto que, ao consentir com a frequência do evento danoso em detrimento de toda a sociedade, coloca-se a vida de todos de lado, sem qualquer proteção²⁴⁹.

Mostra-se, portanto, para além de possível, dentro do contexto civil a aplicação de uma indenização punitiva, também o respaldo legal para sua fundamentação, como esposado pelas citadas autoras, além do fato de que uma ampla e significativa parcela da doutrina, bem como a própria jurisprudência, defendem que a indenização pelo dano extrapatrimonial possui sim uma função punitiva.

3.5.2 A (in)compatibilidade da Função Punitiva Frente a Adoção da Responsabilidade Objetiva

Para além das críticas acerca da incompatibilidade da punição na seara civil, a suposta ausência de previsão legal, há ainda as críticas a uma função punitiva da responsabilidade civil extrapatrimonial pela previsão expressa, no ordenamento pátrio, da responsabilidade civil objetiva.

Paulo de Tarso Sanseverino afirma que “é fato que a indenização punitiva é aceita na Inglaterra e nos Estados Unidos, mas a jurisprudência dos dois países estabeleceu critérios rigorosos e restritivos para o seu reconhecimento e para a sua quantificação²⁵⁰”, e acreditando na incapacidade de critérios tão rigorosos para a aplicação no Brasil, adverte que existe um grande risco de uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nos países da *common law*, como justamente nos casos de responsabilidade objetiva²⁵¹.

Em sentido identitário nas críticas à adoção da função punitiva:

Ao propósito, contemporaneamente, o reconhecimento do risco, ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade civil subverteu a antiga coerência do sistema, superando completamente, em diversos casos, o objetivo de identificação do culpado – o responsável – pela responsabilidade

²⁴⁹ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 95.

²⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

²⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

sem culpa, a corroborar a inadequação de se atribuir ao instituto caráter punitivo. A partir da nova conotação dada à noção de “acidente”, não mais um evento sempre atribuível ao acaso ou à fatalidade, foi preciso abandonar a ideia, até então axiomática, de que a responsabilidade só poderia ser invocada como sanção por falta cometida²⁵².

Paralelamente, Romualdo Baptista dos Santos também aduz em sua prodigiosa doutrina, no que tange a aplicação da função punitiva no campo da responsabilidade civil objetiva, pela incompatibilidade com a teoria do risco da atividade, tendo em vista a ausência de exigências sobre a licitude da conduta, tornando o dano indenizável pelo simples fato da atividade pôr em risco as outras pessoas, sem levar em conta a conduta ou mesmo a existência de precaução suficiente para evitar o fato danoso. Perquiri ainda: se o dano é indenizável a despeito de qualquer ação ou omissão do responsável, como seria possível uma condenação punitiva ou pedagógica visando o desestímulo da prática de determinada conduta?²⁵³

Não se pode olvidar a pertinência das considerações elencadas, especialmente pelo risco de se cometer eventual injustiça ao proprietário de determinada empresa que exerça uma atividade de risco, mas, que tome todas as cautelas possíveis para evitar ou minimizar a ocorrência de um dano frente ao proprietário relapso, a quem apenas o lucro importa, ainda que seja necessário prejudicar terceiros pela atividade desenvolvida.

É justamente a partir desta ideia de precaução ou prudência no exercício da atividade que se deve balizar a fixação de indenização, ora compensatória, apenas, ora com pleno escopo punitivo.

Pedro Ricardo Serpa assevera que mesmo nos países da *common law*, contrariando, de certa forma, o esposado por Sanseverino, inclinaram-se a admissibilidade de pagamento de *punitive damages* mesmo nos casos em que se esteja diante da *strict liability* (responsabilidade objetiva), especialmente quando se discute a responsabilidade denominada *products liability* (responsabilidade pelo fato do produto), desde que restem comprovados, para além dos pressupostos necessários e clássicos à responsabilização, os pressupostos específicos para o

²⁵² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 2.

²⁵³ SANTOS, Romualdo Baptista. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Juruá: Porto, 2018, p. 108.

cabimento da indenização punitiva, que serão analisados a partir da gradação da culpa²⁵⁴.

É, portanto, à guisa da gradação da culpa do ofensor que a modalidade indenizatória deve ser balizada, ressaltando-se que referida premissa traz até mesmo uma das críticas a indenização punitiva, Maria Celina Bodin de Moraes²⁵⁵, admitir, para situações excepcionais, a necessidade de se utilizar o fator culpa, para que se verifique a amplitude do caráter punitivo, dois critérios devem ser lavados em consideração: de um lado, a gradação da culpa, e de outro, o nível econômico do ofensor.

Como asseverado por Antonio Junqueira de Azevedo, “até mesmo nos casos de responsabilidade objetiva o juiz pode perfeitamente fazer o exame do dolo ou da culpa grave (a culpa simples, para as nossas considerações, aqui não importa)²⁵⁶”, e arremata que é sabido que a adoção da responsabilidade objetiva pela legislação não ‘eliminou do mapa’ a responsabilidade subjetiva; esta continua a atuar em todas as brechas em que não cabe responsabilidade objetiva, podendo, portanto, ser cumulada como causa de indenização nos casos de responsabilidade objetiva²⁵⁷.

A nosso ver, mais uma vez a culpa poderá ocupar posição privilegiada na responsabilidade civil. Desta vez para estimular todo e qualquer agente econômico que, não obstante o risco inerente à sua atividade, atue no sentido de não medir esforços para mitigar a possibilidade de causação de danos a terceiros²⁵⁸.

Faz-se necessária a existência de três *standards* de diligência, que são: a) ausência de diligência; b) diligência ordinária; c) diligência extraordinária.

No primeiro caso, aplica-se a pena civil, de natureza preventiva/aflitiva, desencorajando-se a prática de atos negligentes (no mínimo) e desconformes

²⁵⁴ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 204-205.

²⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 259.

²⁵⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 377-384, p. 380.

²⁵⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 377-384, p. 380.

²⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159.

ao direito, à medida que a atividade produz danos quantitativamente numerosos e/ou qualitativamente graves. Se o parágrafo único [do art. 944 do Código Civil] admite a diminuição da quantia reparatória em função da culpa, forçando-se o lesado a suportar parcialmente o dano, por que não admitir o aumento do montante, pela via da pena civil, se o lesante tiver agido com culpa grave?²⁵⁹

Neste cenário, importar trazer a lúmen a conclusão kantiana no aspecto moralizador frente a uma conduta irresponsável. Entende-se que, quanto maiores os obstáculos naturais e menor o obstáculo moral, tanto mais o feito deve ser tido como meritório. *In reversu*, quanto menor o obstáculo natural, e, quanto maior o obstáculo fundado no dever, maior também será a infração imputada²⁶⁰.

Assim é que, procedendo-se ao “*descolamento*” das duas sanções (a compensatória e a punitiva), tem-se que, apenas para a adequada dosimetria da segunda é que o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência ou imperícia, independentemente da extensão do dano²⁶¹.

Ato contínuo, a maior gravidade da culpa pode decorrer também da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Desta forma, apesar do ato lesivo que, isoladamente considerado, tenha um aspecto e se configure como causado por culpa leve, deverá ser tido como caracterizador de culpa grave à medida que se mostra um padrão de comportamento culposo do agente. Elucidando a assertiva, deve-se considerar as empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados a consumidores em decorrência de defeitos apresentados por estes produtos ou na prestação de serviços²⁶².

Em substrato semelhante, também Salomão Resedá²⁶³ assevera que um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para

²⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160.

²⁶⁰ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 38.

²⁶¹ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 321.

²⁶² ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267.

²⁶³ RESEDÁ, Salomão. *A função Social do Dano Moral*. São José: Conceito, 2009, p. 184.

satisfazer o ofendido, com condão de desestimulá-lo à prática de novos atos, para além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de determinados ofensores tem viés acautelador da paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil, calcada em seus aspectos históricos, como explicitado no primeiro capítulo.

Rememorando ainda a experiência norte americana, ao se fixar o “*grau de reprovabilidade*” (“*degree of reprehensibility*”) da conduta do ofensor para aferir a constitucionalidade do pagamento dos *punitive damages*, a Suprema Corte pontuou quatro elementos, que se mostram de imensa relevância para o direito brasileiro, no campo da indenização punitiva, para que se verifique o grau de culpa do ofensor. São os seguintes: i) se a conduta ilícita demonstrava uma indiferença, ou flagrante desconsideração, para com a saúde p segurança dos outros; ii) se a conduta ilícita demonstrava a reincidência do ofensor ou se, de outra lado, era um ato isolado, e, por fim, iii) se a conduta ilícita se caracterizava como um ato intencional, malicioso, traiçoeiro²⁶⁴.

Entende-se, portanto, que mesmo diante de um caso em que a responsabilidade civil se caracterize de forma objetiva, estritamente pelo risco da atividade desempenhada pelo causador do dano, também será possível, e, aliás, necessário, que se avalie o contexto e, a partir da aferição de culpa e prudência do proprietário para minimizar os efeitos deletérios de sua atividade à coletividade, a indenização opere, também, uma função punitiva.

3.5.3 A Vedação de Enriquecimento Ilícito e a Indenização Punitiva no Direito Brasileiro

No cenário doutrinário brasileiro, quando se invoca a figura dos danos punitivos e sua aplicação nas decisões judiciais, dentre os argumentos contrários surge a vedação de enriquecimento ilícito contido no ordenamento civil, mais precisamente no art. 844 do Código Civil e, de igual modo também a ausência de legislação que prevê a possibilidade de uma indenização punitiva na atualidade.

²⁶⁴ SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>, p. 104.

Como assevera Maria Celina Bodin de Moraes²⁶⁵, a vedação ao enriquecimento sem causa tem em nosso ordenamento, bem como em todos aqueles oriundos do sistema jurídico *civil law*, (...) seja em decorrência da herança cultural católica, seja em virtude da influência direta do direito canônico nos ordenamentos romano germânicos grande importância e reprovabilidade. No sistema da *common law*, contrário ao nosso, o instituto do *unjust enrichment* é marginal e pouco relevante.

As críticas quanto a essa vedação de enriquecimento ilícito da vítima ao se falar em aplicação dos danos punitivos, contudo, mostram-se incongruentes. Isto porque, se por um lado a indenização punitiva tem por escopo impedir o lucro ilícito do ofensor, o que, como sobredito, não se verifica mediante a utilização apenas da função compensatória²⁶⁶, mantendo-se a vedação ao enriquecimento ilícito, utilizando-se, portanto, da capacidade econômica das partes para fixar os valores indenizatórios, está eivado de uma contradição interna, à medida que não será possível, em muitas situações, obter o nível de dissuasão adequado sem gerar o famigerado enriquecimento sem causa²⁶⁷.

Interessante conclusão para se elucidar e rechaçar as preocupações no aspecto financeiro da indenização punitiva, que, supostamente, enriquecerá a vítima, é aquela descrita por André Pinheiro Cruz obtemperando que:

Os *punitive damages* não podem ser um mecanismo “Robin Hood” moderno. A ideia não é retirar dos grandes empresários para satisfazer pessoas menos favorecidas, o objetivo é limitar condutas danosas para regular uma regra de mercado. Não há desiderato de promover justiça distributiva. As regras de responsabilidade e indenização têm de estabelecer um parâmetro de reflexão para que os potenciais agentes causadores de dano saibam os custos de prevenção e reparação. Sendo que esta última não pode valer mais a pena que a primeira. Tanto que mesmo críticos como Picasso afirmam que a ameaça de pagar indenização pode prevenir em certos casos. Ademais, por um recorte metodológico, a análise da multa civil em sede de relações de consumo não é uma ideia absurda, tendo em vista que o CDC mescla disposições civis, administrativas e penais²⁶⁸.

²⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 66.

²⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15.

²⁶⁷ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 191.

²⁶⁸ CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 91.

O instituto do enriquecimento sem causa, embora também existente em países da *common law*, não restringe a extensão da punição. Mesmo porque, o ganho oriundo da indenização punitiva não deve ser encarado como uma anomalia ou como um excesso que ofende o equilíbrio das relações, mas sim como o desdobramento das funções precípuas do instituto, punição e desestímulo ao réu²⁶⁹.

É de se ressaltar ainda que não se deve tratar a indenização com viés punitivo como forma de enriquecimento sem causa tendo em vista que existiu uma lesão. Isto porque, para que uma vantagem possa ser considerado um enriquecimento ilícito, faz-se necessária uma causa injustificada para o ganho e não prescrita na lei. Assim, existindo uma lesão, existe, por consequência, uma causa para o ganho. Se o valor é desproporcional, incompatível, seja com o ato ou com a atividade danosa, deverá ser alterado, para mais ou para menos, com a respectiva justificação e com critério²⁷⁰.

Não obstante, o direito estrangeiro também enfrenta críticas e discussões acerca da temática, mesmo na Argentina, em que, como já mencionado e explicitado, em subcapítulo próprio, já se admite a indenização punitiva em texto legal e, inclusive, existe um teto máximo para a aplicação do valor a título de punição, ainda existe o dissenso e as críticas, com base também na doutrina clássica.

Neste contexto, traz-se a lúmen a doutrina de Pizarro, cuja afirmação é de que diante de uma perspectiva exclusivamente ressarcitória, deve-se admitir que, como princípio, não é razoável que uma soma em dinheiro referente à indenização punitiva seja entregue à vítima, já que, aquele que sofre um dano tem direito a ser ressarcido de maneira integral, ou seja, qualitativa e quantitativamente, dentro do limite direto à reparação. Assim, todo montante superior ao dano real que componha a indenização importará em um enriquecimento injusto para o ofendido e num motivo para a espoliação para o responsável²⁷¹.

²⁶⁹ DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 191.

²⁷⁰ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 93.

²⁷¹ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punción: el daño moral en las diversas ramas del derecho*. 2. ed. Hammurabi: Buenos Aires, 2004, p. 384-385. No original: desde una perspectiva netamente resarcitoria debe admitirse que, como principio, no es razonable que la suma de dinero que se manda a pagar por daño punitivo sea entregada a la víctima (em particular, cuando exceda esse restringido marco resarcitório que apuntábamos precedentemente). Quien sofre um daño tiene derecho a ser resarcido de manera integral. Esto importa que la entidad cualitativa y cuantitativamente marcan el limite de su derecho a la reparación. Desde esse plano, todo monto superior al daño real que se mande a indemnizar importa em enriquecimento injusto para al damnificado y um motivo de expoliación para el responsable.

Também asseverando quanto a impossibilidade de se atribuir à indenização punitiva um viés de enriquecimento ilícito, necessário esclarecer que se trata de uma decisão judicial que, por conseguinte, justificaria a “lesão” causada ao réu, e, igualmente, a fragilidade pode ser observada sob o enfoque de que a indenização punitiva tem por escopo, justamente, impedir o lucro do ofensor com um ato lesivo causado à vítima²⁷².

É de bom alvitre ponderar que, com relação à vítima de uma lesão decorrente da violação de um dos direitos da personalidade, a indenização irrisória, módica, que nada repara, importa, na verdade, na responsabilização parcial do ofendido, demonstrando assim uma inversão de papéis, ao passo que o agente causador do dano se enriquece indevidamente ao não indenizar a vítima de forma equânime²⁷³.

Desta forma, o que se percebe, em verdade, é que parte da doutrina, ao justificar essa impossibilidade de direcionamento da indenização punitiva às vítimas parece demonstrar mais receio em ver a própria vítima se beneficiando com a imposição da indenização do que o contrário, ou seja, parece mais legítimo que conglomerados de empresas continuem causando danos, enriquecendo às custas da sociedade a terem, em decorrência disto, prejuízo significativo sob a tutela estatal.

3.5.4 O Lucro Ilícito como justificativa para a Indenização Punitiva

Até aqui se tratou das discussões acerca da indenização punitiva sob a ótica da vítima, inclusive, discutindo-se o enriquecimento ilícito diante da destinação da verba indenizatória a ela, e, tratou-se ainda de se afastar a ideia de incompatibilidade da responsabilidade objetiva com a indenização punitiva, demonstrando-se a possibilidade de averiguação da gradação de culpa daquele que desempenha a atividade de risco frente ao dano causado.

Um aspecto elementar, contudo, deve ser analisado sob nova perspectiva, especialmente a do lucro que empresas auferem diante da paulatina violação aos

²⁷² ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 275-276.

²⁷³ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 98.

direitos da personalidade de cidadãos, sem qualquer receio de punição ou ainda sem qualquer mitigação dos lucros que obtém com determinadas condutas.

No campo da indenização punitiva sob o enfoque do lucro ilícito, Pizarro²⁷⁴, que discorda do caráter dúplice da reparação do dano extrapatrimonial em outros aspectos, mostra-se favorável neste contexto apresentado.

Nelson Rosenvald traz como elucidação desta maximização de lucros frente a um prejuízo do ofendido as matérias espetaculosas em jornais sobre fatos que podem causar danos a honra alheia, especialmente decorrentes de *fakes News*, a violação da privacidade da vítima pela revelação de fatos e imagens que, mesmo verdadeiros, deveriam ser restritos a esfera íntima de determinada pessoa. Esclarece que, para casos desta natureza, nas jurisdições da *common law*, com destaque para os Estados Unidos e Inglaterra, adiciona-se aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais uma outra condenação por *punitive* ou *exemplar damages*. Estas duas adições serão deferidas quando demonstrada a flagrante indiferença do demandado perante a situação da vítima, tendo aquele a intenção de explorar notícias, cujos lucros se maximizam à medida que a vítima seja uma figura pública²⁷⁵.

No campo dos danos extrapatrimoniais, o lucro obtido com o ilícito não implica a diminuição do patrimônio do ofendido. A exposição comercial de figura célebre sem a devida autorização do titular o direito, a toda evidência, ensejará o lucro do ofensor ainda que não haja perda patrimonial do lesado²⁷⁶.

Nesta seara, a função estritamente compensatória ou reparatória da responsabilidade civil se mostra completamente sem eficácia para sancionar ou reprimir estes ilícitos, que, em verdade, compensam, e muito, a depender dos casos, ao ofensor, sendo necessária, portanto, a indenização punitiva como meio de assegurar a efetiva reparação nestas situações.

Como bem assevera André Gustavo Corrêa de Andrade, não se mostra razoável que o agente do dano possa manter a vantagem que, ilicitamente obteve, à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem, devendo a

²⁷⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición: el daño moral em las diversas ramas del derecho*. 2. ed. Hammurabi: Buenos Aires, 2004, p. 114.

²⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 236.

²⁷⁶ MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual*. 2016. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 137.

indenização punitiva ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica, ainda que inexista uma culpa grave²⁷⁷.

Desta forma, também será necessário, nos casos concretos, analisar, se diante do dano extrapatrimonial, o ofensor agiu de tal forma que, pela sua ação obteve lucros ilícitos frente a um determinado dano causado à vítima, ainda que sem qualquer repercussão em sua esfera patrimonial, e, se caracterizada a conduta, será necessário um cômputo a aplicação de indenização punitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 269.

Notoriamente, no curso dos séculos, o dano de natureza extrapatrimonial tem sido objeto de controvérsia nos diversos ordenamentos jurídicos existentes nos países cuja tradição jurídica é oriunda da *civil law*, o que é causa de embates legais, jurisprudenciais e doutrinários, sobretudo ao se abordar a necessidade e possibilidade de aplicação da função punitiva em relação às indenizações fixadas.

O panorama histórico apresenta, apesar destas discussões no tocante à tradição jurídica de cada ordenamento, que a lesão aos interesses dos indivíduos, nas sociedades primevas, era reparada com um espedaço punitivista, motivo pelo qual a responsabilidade civil, na contemporaneidade, não pode ser encarada como simples instituto jurídico de natureza ressarcitória, já que isso destoa da própria origem, independentemente de tradições jurídicas, devendo-se lembrar ainda que a base do direito tal como posto, hoje, é, principalmente, fruto do direito romano.

É possível perceber, contudo, que, em períodos mais primitivos, remontando ao direito romano e canônico, como exemplos, o dano extrapatrimonial era motivo de controvérsia pela manifesta ideia de se atrelar o prejuízo exclusivamente no campo material, dado o fato de que o ser humano, sujeito de direitos, ainda não era visto sob a ótica humanista, com o viés atrelado aos direitos da personalidade, o que foi fruto da evolução, ao longo da história moderna, ao passo que, em discussões presentes, em que se busca tutelar de forma efetiva estes valores humanos, a controvérsia se volta a questões estritamente patrimoniais, novamente.

Isto porque, as críticas que gravitam em torno da fixação de indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais com viés punitivo esbarram justamente no receio de que haja enriquecimento, que chega a ser tratado como ilícito por doutrinadores, das vítimas destes danos, deixando-se de lado o respeito aos valores que são inerentes ao indivíduo, especialmente a dignidade.

A evidência disto são as divergências doutrinárias ainda existentes na Argentina, país que introduziu na legislação consumerista a indenização punitiva. Existe uma preocupação excessiva com valores a serem fixados a título de indenização, de tal forma a parecer que o Magistrado, quando da entrega da tutela estatal, não será capaz de diferir, por exemplo, situações em que se deve efetivamente punir, aplicando indenizações maiores, daquelas em que as lesões são menos graves e dispensam a rigidez no plano econômico. É como se os ofensores

pudessem se tornar ofendidos por terem que pagar, de forma exemplar, pelos danos que deram causa e pelos quais obtiveram lucro.

O recorte doutrinário argentino demonstra, portanto, que nos demais países, incluindo o Brasil, que adotam a tradição da *civil law* e, por consequência, utilizam argumentos no sentido de que a indenização punitiva é incompatível com o próprio sistema jurídico, ou mesmo que inexistem previsões legais para tanto, em verdade, tentam afastar esta pretensão pelo receio estritamente patrimonial. Isto porque, como mencionado, se a legislação argentina já previu a indenização punitiva, os debates, por consequência, deveriam ter sido cessados.

A reparação dos danos extrapatrimoniais com viés punitivo deve ser encarada para muito além da simples questão patrimonial, haja vista que a responsabilidade civil, em uma sociedade, tem de ser concebida não apenas como um valor jurídico, mas sim como um princípio ético, que visa salvaguardar as relações sociais, possibilitando uma convivência harmoniosa e livre de danos, respeitando-se a ideia difundida pela doutrina kantiana. E, neste viés, existindo a lesão de direitos da personalidade, que desaguam, por consequência, na busca pela reparação pecuniária, só será possibilitado o reequilíbrio das relações sociais se ao ofensor for determinado o pagamento de uma monta expressiva, demonstrando que há um consenso e uma repulsa às práticas ilícitas de sua conduta.

Como meio de possibilitar a implementação da indenização punitiva, conciliando tanto os aspectos éticos como os aspectos jurídicos, basta a utilização da culpa do agente causador do dano, e, igualmente, a reiteração da mesma conduta ou de conduta similar que resulte nestes danos. É factível conceder àquele ofensor, cuja conduta foi decorrente de culpa menos grave e oriunda de uma situação pontual, uma punição mais branda, e, conseqüentemente, a fixação de uma indenização menor, ao passo que à medida em que a culpa se mostra mais grave, e, igualmente, a conduta se mostra reiterada, demonstrando o desprezo pelo coletivo, ou ainda que fique claro o cálculo do lucro entre as indenizações e os custos para evitar o dano, o único meio de encerrar a situação será mediante a fixação de indenização que supere, inclusive, os lucros calculados.

As demais discussões que ainda persistem no seio doutrinário, especialmente a ausência de previsão legislativa, no cenário pátrio, aliado ainda a confusão de tradições jurídicas se mostram secundárias, e, em verdade, desprovidas de qualquer

importância em uma sociedade, como descrita por Ulrich Beck, de risco, onde, diuturnamente, direitos da personalidade são violados e, as indenizações acabam por compensar a sistematização dos danos. Lado outro, é necessário ressaltar que a ideia de responsabilização no cenário jurídico é justamente atrelada a punição, que não está, obrigatoriamente, vinculada ao direito penal, mas sim ao ordenamento como um todo, sendo irrelevante esta diferenciação.

É necessário contemplar o indivíduo como sujeito de direitos e merecedor de uma tutela jurídica efetiva, sem qualquer preocupação com a sua condição socioeconômica quando vítima de um dano, sob pena, inclusive, de se tornar ainda mais desigual a sociedade e violar preceito constitucional, cuja previsão é justamente de que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção. O foco deve ser a figura do ofensor, exclusivamente, já que, não fosse a conduta deste, o dano não existiria.

As módicas indenizações, como atualmente fixadas, em verdade, mostram-se verdadeiros incentivos às práticas lesivas por parte, especialmente, de grandes empresas, no aspecto individual e coletivo, e, em consequência, minam os direitos da personalidade assegurados aos indivíduos, e, igualmente, a convivência pacífica da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: Obra Completa*. Edição do Kindle, p. 4439-4441.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Lisboa: Quetzal, 2004, p. 131b
- AZAR, Julián Ianiv. Daño punitivo: el problema de su aplicación y cuantificación. *Ratio Iuris: Revista de Derecho Privado*, año VIII, n 2, 2020, p. 82-113, p. 85.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2011. p. 244.
- BACELAR, Renan Victor Boy. *Direito canônico: vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AY5LA5/1/bacelar__direito_can_nico.pdf> Acesso em 19/03/2022.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Quaestio Iuris*, vol.11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. 1. ed. Lisboa: Almedinas, 2015.
- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Danos punitivos: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos*. 2012. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6040>>, p. 193.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.

BRANDÃO, Claudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Placido, 2021.

BREBBIA H., Roberto. Responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina. *Rome e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto della integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, núm. 10, 2000.

BRODSKY, Jonathan M. Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*, n. 90, 2012, p. 277-298.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COLEMAN, Jules L. *Riesgos y daños*. Marcial Pons: Madrid, 2010.

CORNET, Michel C.; RUBIO, Gabriel Alejandro. Daños punitivos. *Anuario De Derecho Civil*, n. 3, 1997, 31-45.

CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

CRUZ, André Pinheiro. *Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

D'ÁVILA TEIXEIRA, Rafael Carneiro. *Eficiência econômica e a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/27797/1/RAFAEL%20CARNEIRO%20D%E2%80%99%99%20C3%81VILA%20TEIXEIRA.pdf>> Acesso em 30 de Março de 2022.

DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano moral e sua reparação civil*. 5. ed. Edição do Kindle.

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

DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Meridiano: Lisboa, 1978.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. “Punitive damages” do “common law” nas indenizações por dano extrapatrimonial causado a consumidor: uma possibilidade jurídica no direito brasileiro. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Salvador, v. 4, n. 1, Jan/Jun. 2018, p. 78 – 110.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2. ed. St. Paul: Minn, 1993.

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

FAMPA, Daniel Silva; SILVA, João Vitor Penna. A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord); SANTANA, Ágatha Gonçalves. *Responsabilidade civil no século XXI e a construção dos direitos de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-155.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à cláusula geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 65-66.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 27.

GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.

GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?. *Revista de Direito e Economia*. ISSN 0870-8835. Separata (1989), p. 105-144.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

GRANDA, Fernando Trazegnies. ¿Igualando lo desigual? *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, n. 1, fev. 2011, p. 18.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 24. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HERRERA, Edgardo López. *Los Daños Punitivos*. 1. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2008.

IRIGOYEN-TESTA, M. O teto legal dos danos punitivos na Argentina. *civilistica.com*, v. 6, n. 2, p. 1-13, 30 dez. 2017.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, vol. LXXXVI, ano XXXVIII, Rio de Janeiro, Abril, 1941, p. 548-559.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*. Saraiva: São Paulo, 2009.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KEETON, William Page. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984.

KRIEGER, Walter F. Volviendo a pensar los daños punitivos estado actual y proyecciones en el anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año 22, n. 2, 2020, p. 68-76.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos da ética jurídica*. Civitas Ediciones S. L.: Madrid (España), 1985.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

LOPES, Tereza Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, São Paulo: USP, 2010.

LOPEZ HERRERA, Eduardo. *Los daños punitivos*. 1. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad civil como crédito. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, n. 1, fev. 2011.

LOURENÇO, Paula Meira. Indenização punitiva e os critérios para a sua determinação. p. 14-15. Disponível em < https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf >

MARINANGELO, Rafael. *Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual*. 2016. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

MARTINS, R. E. S. História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a common Law. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. l.]*, v. 11, n. 1, p. 195–211, 2019. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/72>. Acesso em: 16 mar. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações*. v. 5. t. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 348.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *R. CEJ*, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 93, São Paulo: Editora Velenich, 1991, p. 29-52, p. 34.

MELO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

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

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun.

OTAOLA, Maria Agustina. *La justificación de los daños punitivos: especial atención al régimen de responsabilidad civil argentino*. Editorial académica española: Córdoba, 2017.

PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Laffayete Rodrigues. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1956.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICASSO, Sebastian. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Revista de responsabilidad civil y seguros, año 17, n. 4, 2015, p. 5-23.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición: el daño moral em las diversas ramas del derecho*. 2. ed. Hammurabi: Buenos Aires, 2004.

POLANSKY, Mitchell; SAHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economics Analysis. *Harvard Law Review*, 1998, vol. III, n. 65, p. 879.

RESEDÁ, Salomão. *A função Social do Dano Moral*. São José: Conceito, 2009.

RICOEUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, 1 set. 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

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

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

SANTOS, Mauro Sérgio dos. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os

elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. *Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013.

SANTOS, Romualdo Baptista. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Juruá: Porto, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em 16 de Maio de 2022.

SILVEIRA, Alípio. *Introdução ao direito e à justiça norte-americanos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962, p 85-86.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. Função punitiva dos danos morais: a experiência estadunidense e portuguesa e a realidade brasileira nos 15 anos do ccb. *In RJLB*, Ano 3 (2017), nº 6, p. 1505-1538, p. 1521. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1505_1538.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2022.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. *Revista dos Tribunais*, v. 975/2017, p. 173-184, jan./2017.

SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law), *107 Yale Law Journal*, 2011, 1998. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8307/>, p. 2075-2078.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TONIOLLO, Javier Alberto. Revisando los daños punitivos a cinco años del Código Civil y Comercial. *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, n. 11, 2020, p. 131-149.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Astrea: Argentina, 1993.