

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Graduação em Direito

CLARISSA Y AMOEDO DE VELLOSO PASSARINHO

**PARA ALÉM DA FUNÇÃO REPARATÓRIA: O DANO SOCIAL E AS FUNÇÕES
PUNITIVA E PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

BRASÍLIA
2013

Clarissa y Amoedo de Velloso Passarinho

**PARA ALÉM DA FUNÇÃO REPARATÓRIA: O DANO SOCIAL E A FUNÇÃO
PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Hércules Alexandre da Costa Benício

Brasília

2013

Clarissa y Amoedo de Velloso Passarinho

**PARA ALÉM DA FUNÇÃO REPARATÓRIA: O DANO SOCIAL E A FUNÇÃO
PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Brasília, 18 de dezembro de 2013.

Banca examinadora

Professor Mestre Hércules Alexandre da Costa Benício
(Orientador)

Doutorando André Macedo de Oliveira

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino

RESUMO

Estudo da possibilidade de adoção pelas normas de responsabilidade civil de funções que vão além da mera reparação, tais quais as funções preventiva e punitiva. O ponto de partida é o Código Civil francês, que definiu os paradigmas basilares da responsabilidade civil à época: responsabilidade individual, responsabilidade fundada na culpa e paradigma reparatório. Com o advento da Revolução Industrial, modificaram-se os meios de produção e relações trabalhistas, o que faz nascer uma vasta gama de riscos ao homem que não se imaginava na Modernidade. Em resposta às mudanças socioeconômicas e ao surgimento de novos fatores de risco ao homem, ocorre o chamado triplo fenômeno de desenvolvimento da responsabilidade civil, em que se insere a objetivação e a coletivização da responsabilidade civil, além da expansão dos danos suscetíveis de reparação. Nessa seara, ressaltam-se os interesses extrapatrimoniais e coletivos, cujos danos são de difícil reparação, o que traz a necessidade de se mitigar a exclusividade da função reparatória da responsabilidade civil. Nesse sentido, analisa-se a possibilidade de adoção no ordenamento brasileiro de uma indenização de cunho punitivo, semelhante aos *punitive damages* do ordenamento norte-americano. Após uma análise das principais objeções doutrinárias à adoção indenização punitiva, bem como de precedentes recentes, em que houve esse tipo de condenação, conclui-se que a indenização punitiva não é incompatível com o ordenamento pátrio, mas há, todavia, aspectos controvertidos que devem ser sanados.

Responsabilidade civil; função reparatória, função preventiva, função punitiva, indenização punitiva, *punitive damages*, dano social.

ABSTRACT

This study discusses the possibility of adopting the Brazilian tort law for functions beyond the compensation of damages, such as the functions of deterrence and punishment. This work takes place at its starting point in Napoleon's Civil Code, which defined the paradigms of tort law: individual responsibility, responsibility based on guilt and the compensation paradigm. With the Industrial Revolution, there was a shift to the means of production and work relations; thus, a new range of risks to men arose, which could not have been predicted by the French scholars and legislators when Napoleon's Civil Code was edited. As an answer to the social and economic shift, there occurred a triple development phenomenon of tort law—this led to the emergence of strict liability, collectivization of responsibility and the expansion of new types of damages. Regarding this phenomenon, moral and collective interests must be highlighted because of the difficulty to repair or compensate them. In order to protect these interests, it becomes more relevant to prevent damages than to simply repair them, which brings the need to mitigate the reparative paradigm of Brazilian tort law. After an analysis of the main doctrinal objections against the punitive function of tort law and recent precedents, in which the defendants were convicted to pay damages with punitive and deterrence functions, it was concluded that these functions are compatible with the Brazilian legal system. However, there are still some controversial aspects that must be remedied.

Tort law; reparatory function; deterrence; punitive function; punitive damages; social damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. Paradigmas tradicionais e a evolução da responsabilidade civil	10
1.2. Funções da responsabilidade civil e insuficiências do modelo atual.....	14
1.2.1 Função reparatória.....	16
1.2.2 Função punitiva.....	17
1.2.3 Função preventiva.....	18
1.3 <i>Punitive damages</i> e indenização punitiva de cunho social.....	19
1.3.1 Funções desempenhadas pelos <i>punitive damages</i>	21
1.3.2 Pressupostos da indenização punitiva	23
2. Objeções doutrinárias à adoção da indenização punitiva	25
2.1. Dicotomia público-privado: suposta incompatibilidade do direito civil e aplicação de pena	26
2.2. Excessos nas indenizações e incentivo à litigância frívola.....	28
2.3. Incompatibilidade com a responsabilização objetiva.....	31
2.4 Vedação ao <i>bis in idem</i>	33
2.5 Necessidade de prévia cominação legal.....	36
2.6 Enriquecimento-ilícito da vítima	38
3. Aspectos controvertidos de precedentes que atribuíram funções punitiva e preventiva à responsabilidade civil	40
3.1 Julgamento <i>ultra petita</i>	43
3.2 Legitimidade ativa	45
3.3 Critérios para quantificação da indenização punitiva	46
3.4 Destinação do valor da indenização.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

No ano de 2013 foi proferida uma série de decisões sem precedentes no âmbito da responsabilidade civil, nas quais os réus foram condenados ao pagamento de indenização de cunho punitivo em moldes semelhantes aos *punitive damages*, típicos do ordenamento norte-americano.

Em uma dessas decisões, a condenação no valor de R\$ 5 milhões por danos morais foi justificada pela reiteração da conduta da ré, que continuava a perpetrar a conduta ilícita, mesmo já tendo sido condenada em outras ações. Em outras decisões, cujos valores indenizatórios não foram inferiores a R\$ 1 milhão, a indenização punitiva se deu pelo fato de os prejuízos gerados pela conduta ilícita terem, supostamente, ultrapassado os limites do demandante e atingido toda sociedade, tendo chamado dano social.

Tais decisões, passíveis ainda de reforma recursal, demonstram que parcela da jurisprudência caminha no sentido de superação do paradigma meramente reparatório da responsabilidade civil, por meio de uma condenação que possibilite à responsabilidade civil exercer, a uma só vez, as funções preventiva e punitiva.

Dessa forma, importa analisar a necessidade de adoção pela responsabilidade civil de funções que vão além da reparatória, bem como verificar essa possibilidade no âmbito do ordenamento brasileiro.

Para isso, primeiramente serão analisadas as transformações que a responsabilidade civil vem sofrendo nos últimos dois séculos, desde o advento do Código Civil francês. As características socioeconômicas da época fizeram surgir um novo conceito de responsabilidade civil, cujos paradigmas fundamentais eram o da responsabilidade individual, responsabilidade fundada na culpa e a função reparatória.

Com as mudanças socioeconômicas advindas da Revolução Industrial, os paradigmas basilares da responsabilidade civil passam a se modificar, uma vez que incapazes de dar respostas eficientes às novas demandas da sociedade. Cite-se a teoria do risco, que mitigou em diversas situações a necessidade de se provar a culpa do ofensor, e o fenômeno da socialização dos riscos, que permite a compensação mais rápida pelos prejuízos sofridos por meio de contratos de seguro de responsabilidade civil ou de fundos públicos voltados a esse fim.

Observou-se, ainda, o recrudescimento de novos tipos de bens e interesses passíveis de tutela pela responsabilidade civil, tais quais os interesses extrapatrimoniais e coletivos.

Contudo, na ocorrência de dano a tais interesses, observou-se a dificuldade de repará-los, o que faz surgir a necessidade de que a responsabilidade civil passe a exercer funções distintas, de prevenção e de punição, além da meramente reparatória.

Feitas tais considerações, em seguida, serão analisadas as principais objeções doutrinárias à adoção de uma indenização de caráter punitivo pela responsabilidade civil, tais quais a dicotomia do direito público e privado, o temor de que o adoção da indenização punitiva incentive a litigância frívola, a vedação ao enriquecimento ilícito da vítima, a suposta incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a indenização punitiva, a necessidade de prévia cominação legal e, finalmente, a suposta violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Por fim, superadas tais objeções, serão verificadas de maneira mais detalhada algumas das decisões em que houve condenação ao pagamento de indenização punitiva, em moldes semelhantes aos *punitive damages*.

Tais decisões merecem destaque pela postura inovadora, em que se buscou dar fim a condutas reiteradas e com potencial de gerarem prejuízos que vão muito além da figura do indivíduo. Há, todavia, alguns aspectos controvertidos em tais condenações que devem ser sanados para que a indenização punitiva possa ser eventualmente adotada pelo ordenamento brasileiro. Assim, sem pretender esgotar o tema, serão feitas ponderações críticas sobre alguns aspectos de tais decisões, quais sejam o julgamento *ultra petita*, legitimidade ativa para pedir esse tipo de indenização, critérios para o arbitramento do valor indenizatório e qual deve ser o seu destinatário.

Estudaremos, portanto, se a responsabilidade civil deve exercer outras funções, punitiva e preventiva, além da meramente reparatória, para que possa de forma mais eficaz tutelar os interesses extrapatrimoniais e coletivos.

1. Paradigmas tradicionais e a evolução da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, na forma como concebida com o advento do Código Civil francês, consistia num sistema de regras de imputação fundado no mau uso da liberdade individual, impondo-se ao indivíduo a obrigação legal de indenizar os prejuízos por ele causados a terceiros em decorrência de condutas que extrapolassem um determinado limite lícito de atuação autorizado por lei (SERPA, 2003, p. 217).

Os sistemas de responsabilização à época, tais quais a responsabilidade coletiva e a vingança familiar, mostravam-se inadequados para o controle do exercício da liberdade individual, pois transcendiam em suas consequências a esfera do indivíduo (SCHREIBER, 2007, p. 12). Foi necessário, portanto, que se desenvolvesse um novo sistema, desvinculado da tradição medieval e que se fundasse em três princípios basilares: o universalismo, o individualismo e o moralismo.

Assim, por meio da redação dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil francês, surgem os três paradigmas tradicionais da responsabilidade civil: a responsabilidade individual, a responsabilidade fundada na culpa e o paradigma reparatório (SERPA, 2003, p. 138).

O paradigma da responsabilidade individual nasce como consequência do contexto socioeconômico da época, eis que as atividades mercantis eram primordialmente artesanais, cuidando-se, portanto, de relações exclusivamente entre indivíduos. Isso facilitava, na ocorrência de alguma tragédia, a verificação de quem havia gerado o prejuízo, bem como quem havia sido e a vítima.

Por sua vez, o paradigma da culpa nasce da necessidade de moralizar as condutas individuais indesejadas, que surgiam por meio do uso indevido da liberdade individual. Assim, a obrigação de reparar pelos prejuízos causados nascia da conduta culpável daquele que extrapolava os limites do que lhe era permitido por lei.

Finalmente, o paradigma reparatório surge em razão da separação entre a responsabilidade penal e civil, o que acabou por restringir o sancionamento do ofensor aos limites do prejuízo sofrido pelo ofendido.

Verifica-se, portanto, por meio da análise dos paradigmas tradicionais da responsabilidade civil, que esses foram idealizados como forma de dar respostas às necessidades de uma sociedade com características socioeconômicas bastante distintas das

atuais. Não por menos, a responsabilidade civil logo sofreu importantes transformações, em especial a partir do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, na Inglaterra.

Por meio de diversos avanços tecnológicos, a Revolução modificou os meios de produção e relações trabalhistas, fazendo nascer uma vasta gama de riscos ao homem que não se imaginava na Modernidade. Sobre essa fenômeno, assevera SCHREIBER (2007, p. 17) que “de fato, os acidentes trazidos pela Revolução Industrial eram, ao contrário do que sucedia nos séculos anteriores, inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados muitas vezes por pequenas distrações ou falhas praticamente imunes a constatação.”

Em resposta às mudanças socioeconômicas e, conseqüentemente, ao surgimento de novos fatores de risco ao homem, ocorre o chamado triplo fenômeno de desenvolvimento da responsabilidade civil, em que se insere a objetivação e coletivização da responsabilidade civil, além da expansão dos danos suscetíveis de reparação (NORONHA, 2013, p. 564).

Isso porque, nas palavras de SCHREIBER (2007, p. 17)

a exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza – basta pensar em acidentes de transporte ferroviário ou em acidentes de trabalho ocorridos no interior das fábricas – tornava-se verdadeiramente odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar à prova da culpa a alcunha de prova diabólica.

Diante de tais transformações, tornou-se evidente a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade civil, pautada exclusivamente na culpa, em dar respostas adequadas aos conflitos oriundos da Revolução Industrial. Passou-se, então, a se pensar em mecanismos mais aptos a assegurar o ressarcimento de danos, principalmente em casos em que não era possível individualizar a conduta geradora do dano e comprovar a culpa. Nasce, assim, a teoria do risco proveito, em que a responsabilidade é imputada àquele que obtém vantagens econômicas por meio da atividade de risco e, posteriormente, a teoria do risco criado, que abarca todas as atividades de risco, independentemente da existência de proveitos econômicos.

Em linhas gerais, no Brasil, a teoria do risco foi instituída efetivamente por meio de diplomas especiais, tais quais a Lei de Estradas de Ferro, Decreto nº 2.681/12, e o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565/86. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços. Por fim, o Código

Civil de 2002, por meio do parágrafo único do artigo 927¹, trouxe uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco (SCHREIBER, 2007, p. 21).

Como já adiantado, além da ruptura com o paradigma da culpa, as mudanças geradas pela Revolução Industrial rompem também com o paradigma da responsabilidade individual, na medida em que as atividades de risco desenvolvidas passaram a impactar e gerar danos a um número maior de pessoas, multiplicando-se os danos e as indenizações.

Esse fenômeno faz surgir, baseado na solidariedade social e na teoria do risco, a doutrina da socialização dos riscos, que tem como pilares o seguro privado de responsabilidade civil e o seguro social. Sobre o primeiro, LOPEZ (2010 p. 52) esclarece:

Com a socialização dos riscos há a diluição do valor das indenizações por toda a comunidade, pois o mecanismo do contrato de seguro faz com que não pese essa dívida para o segurador nem para os segurados. Esse mecanismo é composto de dois elementos: a) a mutualidade dos segurados e b) o cálculo de probabilidades. Na mutualidade dos segurados, entende-se que quanto mais pessoas contribuírem menor será a quantia desembolsada e total o recebimento da indenização pelo dano de um só desses segurados. De forma que são os próprios que indenizam os prejuízos. A empresa seguradora é a intermediária, que, recolhendo os prêmios, tem os recursos para essa reparação.

Por meio da socialização dos riscos, tanto as regras de imputação quanto a necessidade de se encontrar o responsável pelo dano perdem importância: importa analisar apenas quem foi a vítima e qual foi o prejuízo sofrido, buscando-se o ressarcimento integral daquilo que foi perdido.

Por sua vez, com o seguro social, o Estado passa a fixar mecanismos de reparação célere e integral provenientes de fundos públicos. A respeito dessa inovação, necessário analisar, ainda que brevemente, o caso da Nova Zelândia, que, após a edição do *Accident Compensation Act 1972*, adotou um sistema voltado para ampla compensação pelo Estado de todos os danos pessoais suportados por residentes, domiciliados e visitantes naquele país sem a necessidade de aferição da conduta dos causadores do dano (MORSELLO, 2006, p. 17).

Esse sistema permite, a recomposição célere pelo dano sofrido. Por outro lado, o amplo ressarcimento pelo Estado enfraqueceu o desenvolvimento de uma função preventiva da responsabilidade civil, além de ter impactado negativamente o orçamento governamental da Nova Zelândia, o que provocou estagnação econômica e perda de competitividade em nível mundial (LOPEZ, 2010, p. 55).

¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Não por menos, o *Accident Compensation Act* sofreu modificações significativas desde a sua edição com intuito de contornar os problemas acima mencionados, tal qual a edição, em 1992, do *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*, que restringiu o alcance do termo *accident*, suprimiu o pagamento à vista por incapacidade parcial, permanente e por dano moral (MORSELLO, 2006, p. 17). Importante destacar, ainda, a jurisprudência do caso *Donselaar vs. Donselaar*, em que ficou consignado que o *Accident Compensation Act* não excluía a viabilidade de ajuizamento de ações pessoais com pedido de indenização por *exemplary damages*.

Por fim, as mudanças socioeconômicas advindas da Revolução Industrial deram ensejo à expansão dos danos suscetíveis de reparação. Nas palavras de SCHREIBER (2007, p. 81),

Verifica-se, em todo o mundo, e de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis. De fato, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e, de outro lado, a verificação de danos demasiado abrangentes, identificados com interesses transindividuais ou supra-individuais, que passam a ser considerados dignos de proteção, vieram exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação.

A respeito dos danos existenciais, merece destaque o fenômeno da constitucionalização do direito civil, com a elevação da dignidade da pessoa humana à garantia constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil, cujo reflexo na responsabilidade civil resultou na expansão dos interesses merecedores de tutela (SCHREIBER 2007, p. 85). Assim, diante da admissão da indenização por danos morais no âmbito constitucional, passou a ser acolhida a ideia de que a indenização não exerceria uma função apenas reparatória, mas também compensatória. Isso porque os danos de natureza moral não poderiam ser reparados, apenas atenuados por meio de uma compensação (SERPA, 2003, p. 151).

Finalmente, necessário destacar o fenômeno da coletivização dos danos, que nasce, nas palavras de SCHREIBER (2007, p. 82), “da majoração do potencial lesivo da autonomia privada”. Continua o autor:

A exploração de novas fontes de energia; as técnicas de produção em massa; a ampla comercialização de medicamentos e terapias que refletem descobertas relativamente recentes da ciência médica; o desenvolvimento desconcertante dos transportes terrestre, aéreo e marítimo; a explosão da mídia; tudo que caracteriza, enfim, a sociedade contemporânea esconde, por trás de si, um enorme potencial de dano.

Mais uma vez, verificou-se uma necessidade de mudança no âmbito dos paradigmas da responsabilidade civil, pois não era possível enquadrar a tutela aos prejuízos e interesses coletivos dentro do paradigma da responsabilidade individual. Foi necessário, então, o desenvolvimento de instrumentos processuais que passaram a admitir as ações coletivas, tais quais a ação popular, prevista da Lei 4.717/1965, e a ação civil pública, prevista na Lei 7.347.

Percebe-se, assim, que as insuficiências verificadas nos paradigmas tradicionais da responsabilidade civil, não mais capazes de dar respostas eficientes às novas espécies de conflitos surgidos, fizeram da responsabilidade civil um instituto apto a evoluir e moldar seus paradigmas com a finalidade de atender às necessidades sociais. Assim, diante do surgimento de novos tipos danos, morais e coletivos, e da insuficiência do paradigma reparatório em tutelá-los, como será a seguir demonstrado, é necessário que a responsabilidade civil, mais uma vez, se amolde a fim de atender aos anseios da sociedade, com novas funções, para além da meramente reparatória.

1.2. Funções da responsabilidade civil e insuficiências do modelo atual

Como já brevemente mencionado, a evolução científica e industrial conduziu a uma majoração substancial do potencial lesivo da autonomia privada, que passou a por em risco não mais pessoas individualmente consideradas mas grupos de pessoas, ou em certas hipótese, toda uma sociedade.

Tais mudanças levaram paulatinamente ao fenômeno de erosão dos filtros da responsabilidade civil, tais quais a necessidade de comprovação do dolo e da culpa e nexo causal a fim de garantir o ressarcimento pelo dano sofrido. No entanto, apesar de afastar a chamada prova diabólica, que impedia ao ofendido demonstrar os elementos subjetivos até então indispensáveis para configuração da obrigação de reparar, a teoria do risco atingiu de maneira negativa a possibilidade de que a responsabilidade civil viesse atuar como instrumento moralizador de condutas ilícitas.

Por sua vez, a socialização dos riscos, nas acepções anteriormente mencionadas, permite à vítima obter o ressarcimento pelo dano de forma mais rápida e simples, sem que seja necessário provar a culpa do ofensor, ou mesmo, acionar o judiciário. Esse fenômeno, no entanto, também teve seu impacto negativo na responsabilidade civil, pois retirou do instituto a sua aptidão para prevenir condutas ilícitas ou atividades de risco. Isso porque, com intuito de assegurar o ressarcimento pronto e integral de todos os prejuízos do ofendido, foi necessário criar um sistema indenizatório baseado em contratos de seguro de responsabilidade

civil e na seguridade social, por meio de fundos públicos destinados ao custeio da reconstrução do patrimônio lesado. Nesse sentido, explica SERPA (2003, p. 154):

Se, de um lado, tal sistema permitiu que as vítimas tivessem fácil (e certo) acesso à reparação (impedindo, inclusive, que as condenações levassem o ofensor à insolvência civil, o que, ainda que via indireta, poderia impedir ou reduzir a reparação de algumas das vítimas lesadas), de outro, possibilitou que os agentes causadores de prejuízos transferissem licitamente os riscos de sua atividade (e, com ele, a obrigação de suportar os custos das condenações resultantes dos prejuízos causados) às empresas seguradoras por ele custeada, ou aos fundos de gestão pública, custeados por toda a sociedade.

Verifica-se, assim, que, apesar dos resultados positivos obtidos por meio da teoria do risco e da socialização dos riscos, é certo que tais institutos também trouxeram efeitos negativos à responsabilidade civil no que tange ao seu caráter moralizador de condutas ilícitas e à sua aptidão de prevenir o cometimento de condutas indesejáveis pela sociedade.

Esse fenômeno se torna ainda mais alarmante tendo em vista que, no desenvolvimento da sociedade de consumo e da produção de massas, é possível ao grande fornecedor internalizar os custos das indenizações devidas por ele em razão do risco da atividade. Ou seja, aquele que exerce tais atividades, pesa, como numa balança, os custos operacionais necessários para tomar medidas de precaução, a fim de aumentar o nível de segurança do produto/serviço fornecido, com os benefícios financeiros que poderão advir de uma diminuição da quantidade de condenações em ações indenizatórias (MEURKENS, 2012, p. 476). Assim, caso o fornecedor conclua ser economicamente mais vantajoso não tomar medidas de precaução, em termos de responsabilidade objetiva, é improvável que ele se sinta desestimulado a correr determinados riscos.

Por tais motivos, tratando-se principalmente de bens e interesses particularmente relevantes, tais quais os interesses existenciais e supraindividuais, o prejuízo no mais das vezes é eternizado, pois a indenização não é capaz de ressarcir ou mesmo compensar os danos suportados pela vítima, que pode vir a ser, inclusive, toda a sociedade.

Ademais, “a utilização da responsabilidade civil como meio de compensação desses prejuízos é dificultada por conta de todos os percalços para a adequada quantificação da indenização” (SERPA, 2003, p. 159). Nos danos à coletividade, consiste em verdadeiro desafio especificar quem foram aqueles atingidos pela conduta e verificar os prejuízos sofridos. No campo dos danos morais, a tarefa de arbitrar o valor da compensação não é menos desafiadora, pois cabe ao magistrado valorar lesões a interesses existenciais. Assim, na liquidação de compensações, fundadas via de regra no paradigma reparatório, os magistrados

acabam por arbitrar valores abaixo dos prejuízos de fato sofridos, sob pena de violação ao princípio do enriquecimento ilícito (GONÇALVES, 2005, p. 238).

Percebe-se que, de um lado, o reconhecimento dos prejuízos decorrentes de lesões morais e supraindividuais como passíveis de reparação demonstra que a responsabilidade civil, como não poderia deixar de ser, evoluiu para melhor se adequar às novas demandas sociais. Por outro lado, ainda existe enorme dificuldade em tutelar adequadamente esses direitos diante da insuficiência do paradigma reparatório da responsabilidade civil.

Necessário, portanto, analisar as funções desempenhadas pela responsabilidade civil – reparatória, sancionatória e preventiva – com o objetivo precípua de se pensar em novas formas e instrumentos aptos tutelar e proteger os direitos da personalidade e coletividade.

1.2.1 Função reparatória

Como já demonstrado, desde a concepção da responsabilidade civil pelo Código Civil francês, a função reparatória esteve presente como uma das suas principais características. Isso porque, conforme concebida, a responsabilidade civil nascia no momento em que o indivíduo extrapolava a sua liberdade individual, de modo que se fazia necessária a restituição do *status quo* do ofendido.

A função reparatória, portanto, consiste na obrigação de reparar dentro dos limites do dano causado pelo ofensor com a finalidade, segundo NORONHA (2013, p. 460) de “apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infringido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal”.

Assim, em princípio, na aferição do valor indenizatório não seriam levados em conta critérios punitivos, mas apenas a extensão do dano sofrido. Nesse sentido, o artigo 944 do Código Civil determina que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, mas admite em seu parágrafo único a ponderação em relação à culpa, permitindo ao juiz reduzir o valor da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano. Por tal motivo, há quem defenda que o ordenamento brasileiro vedaria uma forma de indenização que extrapolasse os limites do dano. A respeito do tema, MORAES (2003, p. 297) afirma:

o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo.

No entanto, a teor do que defende MORAES, parcela da doutrina admite as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil.² Isso porque é certo que o paradigma reparatório revela-se insuficiente para tutela dos novos tipos de interesses, morais e coletivos, que até recentemente não eram passíveis de proteção. Afinal, na ocorrência de danos coletivos e morais, é impossível estabelecer uma indenização que restitua o *status quo antes* do ofendido.

1.2.2 Função punitiva

A função punitiva visa, por meio da imposição ao infrator de uma indenização de caráter punitivo, ou seja, que extrapola os limites do dano, não apenas retribuir o ilícito sofrido pelo ofendido, mas, conseqüentemente exercer a função de dissuadir outras pessoas da prática de ações similares (finalidade de prevenção geral), bem como o ofensor da prática da mesma conduta indesejada (finalidade de prevenção especial).

Assim, é possível concluir que essa função é paralela à função sancionatória penal ao desempenhar as finalidades de prevenção geral e especial, além de punir o agente do ato ilícito. Por meio de uma indenização punitiva, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos pela mesma pessoa, mas também por quaisquer outras.

No que concerne à incidência da indenização punitiva, essa sanção se destina exclusivamente a remediar condutas particularmente reprováveis, caracterizadas pela intenção do ofensor naquele ato ilícito ou de uma flagrante desconsideração em relação aos direitos alheios. São condutas que poderiam ser facilmente evitadas não fosse a intenção dolosa ou gravemente culposa do autor.

Ademais, a função punitiva da responsabilidade civil atua com intuito precípuo de assegurar a efetiva tutela de bens e interesses de especial relevância, tais quais os direitos da personalidade e interesses da coletividade. Isso porque, conforme já mencionado, a função reparatória da responsabilidade civil falha em tutelar de forma adequada tais interesses, pois é impossível retornar ao *status quo ante* do ofendido.

Percebe-se, assim, que a função reparatória e punitiva da responsabilidade civil possuem finalidades distintas e, portanto, critérios de aplicabilidade e quantificação da indenização diversos. Na indenização compensatória, o foco é a vítima e no prejuízo por ela

² Nesse sentido, ver: ANDRADE, André Gustavo de. Dano Moral e Indenização punitiva: Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009; GONÇALVES, Vitor Fernandes. A punição na Responsabilidade Civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica: 2003.

suportado, enquanto que, na indenização punitiva, volta-se à figura do ofensor e na conduta por ele perpetrada. Assim, por meio da sua função punitiva, a responsabilidade civil visa sancionar de modo mais gravoso o responsável pela conduta mais reprovável.

Dessa forma, a função punitiva exerce também uma função moralizadora, pois, nas palavras de SERPA (2003, p. 177), “voltam-se os olhos ao passado, para sancionar com especial rigor uma determinada conduta que se tenha caracterizado pelo mais alto grau de reprovabilidade, e da qual resultaram lesões a bens e interesses de particular relevância.”

1.2.3 Função preventiva

A função preventiva da responsabilidade tem como finalidade a prevenção geral e especial. A primeira visa coibir o ofensor de realizar outras condutas lesivas semelhantes e a última tem o intuito de desestimular outras pessoas a realizar tais condutas.

Essa função ganha relevância à medida que surgem novos danos, cujos impactos negativos na sociedade (danos à coletividade) e na dignidade da pessoa humana (danos morais) não podem ser desfeitos. Por essa razão é que, conforme explica LOPEZ (2010, p. 77),

no momento atual, a sociedade busca muito mais por prevenção de acidente do que por indenizações. Os malefícios da sociedade moderna são de tal monta que o medo do pior domina os cidadãos. Há anseios de segurança em todos os setores sociais, apesar de sabermos que não existe segurança total, que o “risco é zero” é apenas uma expressão retórica.

É em vista desse fenômeno que a função preventiva torna-se tão relevante: apesar da impossibilidade de se acabar com os riscos, é possível ao menos coibir as condutas dolosas ou grosseiramente negligentes que possam gerar danos.

Essa questão se torna ainda mais importante tendo em vista as relações de consumo, em que, muitas vezes, ao fornecedor é mais vantajoso economicamente agir de forma ilícita do que tomar as medidas necessárias para prestação de um serviço eficiente e seguro. Isso porque o fornecedor sabe que (i) nem todos aqueles que foram prejudicados buscarão reparação, (ii) ainda que busquem reparação, nem todos ganharão tais ações, (iii) ainda que ganhem tais ações, essas poderão ser proteladas por alguns anos e o desembolso não será de forma imediata, (iv) ainda que o ofendido ganhe a ação, o valor da condenação não será muito elevado, pois a responsabilidade civil no Brasil segue atrelada ao seu paradigma reparatório³.

³ É certo que a jurisprudência brasileira admite a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, no entanto, os valores das indenizações costumam ser arbitrados tendo em vista o limite dos prejuízos sofridos pelo

Por essa razão, de acordo com MEURKENS (2012, p. 473), no âmbito da doutrina do *Law and Economics*, a visão de que a função principal da responsabilidade seria a reparatória é contestada: numa perspectiva econômica, o objetivo da responsabilidade civil é minimizar o total dos custos gerados pelos danos. Assim, segundo o autor, os custos advindos de condenações ao pagamento de indenizações consistiram em efeitos externos negativos (“*negative externalities*”). A solução da economia para esse fenômeno é a internalização de tais de tais custos, ou seja, aquele que gera os danos passa a incorporar na sua tomada de decisão como agir e que medidas tomar para reduzir esses custos. O empresário, então, verifica se é mais vantajoso, economicamente, melhorar o serviço e tomar medidas de prevenção ou correr o risco de eventualmente ser demandado judicialmente.

Por esse motivo, sob um ponto de vista econômico, a função reparatória da responsabilidade civil não é apta a prevenir novos danos, pois, para o ofensor, é necessário que o valor das condenações indenizatórias seja mais elevado do que o valor total dos custos necessários para melhorar o serviço prestado (MEURKENS, 2012, p. 474).

Verifica-se, assim, que a responsabilidade civil caminha para superação do paradigma reparatório principalmente em face de novos tipos de danos e da incapacidade da função compensatória em tutelá-los adequadamente.

Repassadas a três principais funções da responsabilidade civil, importa analisar os *punitve damages*, oriundos dos países do *Common Law* que, a uma só vez, exerce as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Essa análise será importante para, em seguida, verificar a possibilidade de adoção no Brasil de uma indenização punitiva semelhante ao modelo americano.

1.3 *Punitive damages* e indenização punitiva de cunho social

Diante da incapacidade da função reparatória da responsabilidade civil em recompor os prejuízos gerados à coletividade e aos direitos da personalidade, parece que a forma mais adequada de tutelar tais interesses é a de assegurar que esses não venham a ser lesados, por meio da prevenção da ocorrência de prejuízos. Nas palavras de SERPA (2003, p. 160)

Inegavelmente, é muito mais salutar e eficiente prevenir a ocorrência de danos do que ter de atuar a posteriori, procurando restaurar uma situação lesiva já configurada (ainda mais em hipóteses como as aqui analisadas, nas quais os prejuízos tendem a se eternizar). É, portanto, justamente para o

atingimento desse escopo principal (o de prevenir adequadamente o cometimento de condutas danosas aos interesses existenciais e metaindividuais) que se propugna, no presente trabalho, que se admita uma mitigação do paradigma ressarcitório da responsabilidade civil (na mesma medida que os desenvolvimentos contemporâneos do instituto impactaram em relação aos demais paradigmas). Quer-se, com isso, que a responsabilidade civil possa exercer com eficiência essa função preventiva, que nos parece primordial para assegurar o equilíbrio social.

Ressalte-se, primeiramente, que, em casos de danos morais e metaindividuais, a doutrina e jurisprudência majoritárias já admitem as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil concomitantemente com a clássica função reparatória.⁴ Contudo, tais funções, preventiva e punitiva, não têm surtido os efeitos que lhes são esperados pela forma como aplicadas nos tribunais brasileiros. Por meio da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a indenização é arbitrada por meio de critérios que visam à prevenção e à punição do autor, no entanto, esses valores vêm embutidos na indenização de caráter reparatório. Ou seja, o juiz arbitra o valor da indenização tendo em vista a necessidade de ressarcir a vítima e ao mesmo tempo punir o demandado e prevenir novas condutas, tudo isso por meio de um único valor monetário. Dessa forma, o ofensor não toma conhecimento em que parte da condenação está sendo punido e em que parte está apenas recompondo os danos causados.

Esse fenômeno é agravado principalmente na ocorrência de danos à coletividade, pois, em certas situações, é impossível ao juiz saber o número de pessoas atingidas pela conduta e a extensão dos danos sofridos a fim de arbitrar o valor da indenização.

Dessa forma, em vista da insuficiência do paradigma reparatório, é necessário redimensionar a responsabilidade civil para que, nos casos em que assim se exigir, ela possa exercer efetivamente várias funções: reparatória, preventiva, e punitiva.

A adoção de uma indenização punitiva nos moldes dos *punitive damages*, oriundos de países do *Common Law*, com destaque nos Estados Unidos, seria uma forma de solucionar a crise do paradigma reparatório da responsabilidade civil, pois trata-se de instrumento que visa, a uma só vez, prevenir danos futuros e punir o autor da lesão.

Apesar de comum nos Estados Unidos, ainda há no Brasil resistência à adoção desse tipo de indenização por uma série de objeções que serão mais adiante analisadas.⁵ No entanto, em vista do surgimento de novos interesses passíveis de tutela, os interesses coletivos e

⁴ Nesse sentido, ver: NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013; ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização punitiva: Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

⁵ Sobre as objeções doutrinárias, ver o capítulo 2.

extrapatrimoniais, e da dificuldade em protegê-los devido à insuficiência do paradigma reparatório, necessário repensar em novos instrumentos no âmbito da responsabilidade civil capazes de exercer funções de prevenção e punição. Assim, não se mostra razoável descartar peremptoriamente esse instituto.

Nesse sentido, ressalte-se a teoria dos danos sociais, elaborada por JUNQUEIRA (2004), que, de forma semelhante aos *punitive damages* visa à adoção de um novo tipo de sanção, que permita à responsabilidade civil exercer as suas funções preventiva e punitiva de forma mais eficaz. Segundo o autor, o dano social ocorre quando um ato doloso, gravemente culposo ou negativamente exemplar, atinge não somente o patrimônio ou moral da vítima mas sim, toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível da população.

Isso porque, continua JUNQUEIRA (2004, p. 215),

A segurança, nem é preciso salientar, constitui um valor para qualquer sociedade. Quanto mais segurança, melhor a sociedade, quanto menos, pior. Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposo, em que o sujeito “A” lesa o sujeito “B”, especialmente em sua vida ou integridade física e psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa também de um dano à sociedade como um todo e, assim, o agente deve responder por isso.

Assim, de acordo com o autor, o dano social também caberia em atos negativamente exemplares, que, se individualmente considerados não geram necessariamente um prejuízo significativo, mas quando repetidos levam a um rebaixamento do nível coletivo de vida. Trata-se, por exemplo, das prestações de serviço ineficientes que, apesar de não gerarem danos materiais e morais elevados, geram insegurança e diminuem a qualidade de vida da coletividade.

Os danos gerados à sociedade, portanto, seriam causa de indenização punitiva e dissuasória com intuito de punir e prevenir condutas que reduzem as condições coletivas de segurança e trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

1.3.1 Funções desempenhadas pelos *punitive damages*

De acordo com a definição dada pelo *Restatement of Torts*, os *punitive damages* são aplicados separadamente dos danos de natureza compensatória com intuito de punir o ofensor por uma conduta ultrajante e revoltante e de dissuadir tanto ele quanto outros como ele a praticarem condutas similares no futuro.⁶

⁶ MEURKENS (2012, p. 4): ‘Damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future’

Assim, além da função punitiva dos *punitive damages*, destacam-se as funções dissuasória e de garantia da ordem pública por meio da aplicação da lei (*law enforcement*). Mais do que punir o ofensor, tais funções visam melhorar a segurança na sociedade, uma vez que se direcionam tanto ao ofensor, ao desestimulá-la a voltar a realizar o ato (*specific deterrence*) quanto à sociedade em geral, pois também desestimula o surgimento de novos potenciais ofensores (*general deterrence*).

Ligadas às funções punitiva e preventiva, acrescenta-se, ainda, as funções educativa e vingativa: a primeira se impõe por meio do desestímulo da conduta e a segunda se verifica ao impedir que o ofendido venha a desrespeitar a lei por meio de uma vingança pessoal contra o seu ofensor.⁷

Ademais, de acordo com a doutrina, os *punitive damages* também seriam aptos a desempenhar outras funções relevantes, tais quais a eliminação do lucro ilícito, a preservação da liberdade contratual e a manutenção do equilíbrio das relações de consumo

Como explica ANDRADE (2009, p. 246), “a indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um 'bom negócio' do ponto de vista econômico.” A adoção dos *punitive damages*, portanto, coibiria a obtenção de lucros pelo demandado por meio dos prejuízos gerados ao ofendido, numa forma de impedir, em outras palavras, o enriquecimento ilícito do ofensor.

A respeito da função da preservação da liberdade contratual, os *punitive damages* coíbem situações em que se revela mais vantajoso obter unilateralmente um bem do que obtê-lo por meio do consentimento do outro (ANDRADE, 2009, p. 246). É o caso, por exemplo, de um fornecedor que, em vez de contratar uma renomada atriz para figurar em um comercial, contrata uma sócia, o que diminui os custos para realização do comercial que, perante o público, terá os mesmos efeitos. Em tais situações, a indenização de cunho meramente compensatório não é suficiente para contornar o dano gerado e servir como desincentivo à prática da conduta lesiva. Nesse contexto, os *punitive damages* aparecem como forma de garantir de forma mais eficaz a autonomia negocial.

A função da manutenção da preservação da liberdade contratual é desempenhada, por sua vez, em situações em que os fornecedores descumprem os seus deveres legais e obrigações contratuais, gerando danos aos consumidores, sem se preocuparem com os seus

⁷ Sobre a função vingativa, afirma GONÇALVES (2005, p. 141), “tal função punitiva tem como objetivo principal, em última análise, viabilizar ao Estado a realização controlada de um ideal de vingança privada, qual seja, a satisfação dentro dos limites razoáveis, do desejo da vítima de ver o seu ofensor ser punido pelo mal que lhe fez, assegurando-se então um convívio social pacífico, na medida que impede a vingança pessoal da vítima”.

atos, pois sabem que os danos são de pequena expressão quando individualmente considerados e que o número de consumidores que buscará reparação em juízo será menor do que aqueles efetivamente lesados (PIZARRO, 2004, p. 383). Por meio dos *punitive damages*, o ofensor fica impedido de se beneficiar ou lucrar com a prática lesiva, compelindo-o a colocar no mercado produtos mais seguros e prestar serviços mais eficientes.

1.3.2 Pressupostos da indenização punitiva

Analizados as funções desempenhadas pelos *punitive damages*, necessário fixar os pressupostos para sua aplicação.

Ressalte-se, primeiramente, que, segundo doutrina clássica “não há responsabilidade civil, em qualquer modalidade, sem violação do dever jurídico preexistente, uma vez que a responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação” (CAVALIERI, 2010, pg. 5).⁸

Tendo isso em vista, para aplicação dos *punitive damages*, necessário a verificação dos seguintes pressupostos objetivos: a ocorrência de um ato ilícito, ocorrência de prejuízo e nexo de causalidade entre a conduta e o dano gerado.

Nos Estados Unidos, para configuração do requisito conduta ilícita, esta pode ser tanto um ilícito extracontratual ou um inadimplemento contratual, desde que o inadimplemento seja acompanhado de uma conduta fraudulenta, intencional, abusiva ou grosseiramente negligente, que, por si só, se caracterize como uma conduta ilícita.⁹

Ademais, para incidência dos *punitive damages*, é indispensável que da conduta ilícita decorram prejuízos, que, conforme a jurisprudência americana, podem ser tanto materiais quanto morais.

Verificados os pressupostos objetivos, os *punitive damages* só poderão ser aplicados quando também presentes pré-requisitos subjetivos, que dizem respeito ao “estado de espírito” (*state of mind*) do ofensor quando causou o dano. O *Restatement of Torts § 908* determina “*punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the*

⁸ Não se desconhece a possibilidade de haver responsabilidade civil decorrente de ações lícitas, quando, no desenrolar de um ato justificado, se acabe lesando terceira pessoa, conforme previsto no artigo 188 concomitante com os artigos 929 e 930 do Código Civil.

⁹ A jurisprudência passou a admitir a condenação aos *punitive damages* em casos de inadimplemento contratual após o julgamento pela Corte de Apelação do Estado de South Carolina do caso *Welbon vs. Dixon*. Para mais informações, ver : Pedro Ricardo e Serpa, Indenização Punitiva, Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003 p. 57.

defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of other".¹⁰ Isso porque, o que se busca com os *punitive damages*, como já ressaltado, não é apenas compensar a vítima pelo dano sofrido, mas sancionar os ilícitos de maior grau de reprovabilidade, punindo o ofensor pela grave conduta por ele perpetrada e desestimulando tanto ele quanto a sociedade em geral a cometerem atos de gravidade semelhante.

Por esse motivo, os *punitive damages* não podem incidir em qualquer ação de indenização, mas apenas quando presentes circunstâncias agravantes, tais quais a malícia (*malice*) do ofensor, a intenção, a temeridade ou negligência grosseira na realização da conduta ilícita.

Em linhas gerais, a malícia envolve o cometimento intencional de um ato ilícito com a presença do dolo específico de gerar o dano. A intenção assemelha-se ao dolo direto: o autor prevê e deseja o resultado ilícito e possivelmente danoso. A temeridade representa a circunstância em que o autor, apesar de não desejar a ocorrência do dano, é capaz de prevê-la, semelhante ao que ocorre no dolo eventual. Por fim, a negligência grosseira nada mais é que a culpa grave, em que o autor falha em prever as consequências potencialmente danosas da conduta cometida.

MEURKENS (2012, p. 10) cita, ainda, outras condições anímicas que preenchem o pressuposto subjetivo para aplicação dos *punitive damages*:

Aggravating conditions which can usually warrant punitive damages award include misconduct, willfulness, wantonness, malice or ill will, gross negligence or recklessness, oppression, outrageous conduct, violence, indignity or insult, fraud or Gross fraud and criminal indifference. Mere negligence does not justify a punitive damages award.

Assim, a indenização punitiva só pode ser aplicada em situações específicas em que presentes tanto os pressupostos objetivos e subjetivos.

A adoção desse tipo de indenização permitiria à responsabilidade civil exercer de forma mais eficaz a proteção de interesses extrapatrimoniais e coletivos, cujos danos, como já mencionado, são de difícil reparação. Torna-se, portanto, mais relevante prevenir a ocorrência de novos danos do que repará-los quando necessário. Todavia, parcela da doutrina e da jurisprudência segue atrelada ao paradigma meramente reparatório da responsabilidade civil, no entanto, como se buscará demonstrar a seguir, tais objeções podem ser superadas.

¹⁰ O Restatement (Second) of Torts, publicado pela *American Law Institute*, em 1979, consiste na reunião de princípios gerais e conceitos legais que concernem a responsabilidade civil nos Estados Unidos. Sobre o assunto, ver: MEURKENS, 2012. p. 9.

2. Objeções doutrinárias à adoção da indenização punitiva

Em vista da insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil em tutelar de forma efetiva os novos danos, morais e coletivos, faz-se necessário analisar as principais objeções doutrinárias à adoção no Brasil de uma indenização punitiva.

Destaque-se, primeiramente, que a doutrina e a jurisprudência majoritárias sustentam um duplo caráter da reparação pelo dano: compensatório e punitivo (SCHREIBER, 2007). Contudo, diferentemente do que ocorre na aplicação dos *punitive damages* nos moldes do modelo americano, no Brasil há “uma espécie bizarra de indenização, em que o responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuado, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto” (SCHREIBER, 2007, p. 199).

Isso porque a indenização punitiva no Brasil aparece embutida na própria condenação do dano moral, que é quantificado por meio de critérios deliberadamente punitivos, tais quais a gravidade do dano, a capacidade econômica da vítima, grau de culpa e capacidade econômica do ofensor. Nesse sentido, aponta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cumpre, no presente caso, a função pedagógico- punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

3.- Agravo Regimental improvido.

(Trecho do acórdão do AgRg no REsp 1373969/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 19/06/2013).

Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.

(Trecho do acórdão do REsp 1171826/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/05/2011).

Considerando que a quantia indenizatória arbitrada a título de danos morais guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o grau de culpa e o porte sócio-econômico do causador do dano, não deve o valor ser alterado ao argumento de que não é suficiente à cobertura da dor sofrida pela vítima.

(Trecho do acórdão do REsp 799989/PR, Rel. Ministra JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 08/09/2008)

Como se vê dos julgados acima colacionados, as indenizações compensatória e punitiva são calculadas conjuntamente. Assim, no ordenamento brasileiro “vive-se em situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vem admitidos como uma

parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral” (SCHREIBER, 2007, p. 199).

Dessa forma, diante desse posicionamento ambíguo da jurisprudência, em que se reconhece a função punitiva da responsabilidade civil mas, ao aplicá-la, não é dado ao réu conhecer em que medida está sendo punido e em que medida está apenas reparando os danos, necessário repensar a forma como a indenização punitiva é aplicada para que esta possa efetivamente cumprir as funções de punição e prevenção que lhes são esperadas.

Surge, assim, a proposta de adoção de uma indenização punitiva de cunho social semelhante aos *punitive damages* oriundos do ordenamento americano. Ou seja, os valores da condenação a título de indenização punitiva e indenização material e moral são arbitrados separadamente por meio de critérios específicos destinados a cada tipo de indenização.

Em face da inaptidão da função reparatória em proteger os interesses extrapatrimoniais e coletivos, conforme demonstrado no capítulo 1, necessário analisar as principais críticas doutrinárias contrárias à aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Em linhas gerais, são seis as principais objeções trazidas pela doutrina: (i) dicotomia do direito público e privado: ao primeiro caberia impor penas e o segundo estaria limitado à imposição de indenização, (ii) temor de que o adoção da indenização punitiva incentive a litigância frívola, (iii) vedação ao enriquecimento ilícito da vítima, (iv) suposta incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a indenização punitiva, (v) necessidade de prévia cominação legal e, finalmente, (vi) violação ao princípio do *ne bis in idem*

Passaremos a uma análise mais contida de tais objeções a fim de examinar tanto as suas virtudes quanto incongruências e, assim, verificar se há possibilidade de adoção no ordenamento brasileiro de uma indenização punitiva nos moldes dos *punitive damages*.

2.1. Dicotomia público-privado: suposta incompatibilidade do direito civil e aplicação de pena

Uma das principais críticas da doutrina contrária à adoção da indenização punitiva se baseia na suposta incompatibilidade do direito civil com a pena, oriunda da clássica separação entre o Direito Civil e o Direito Penal. Assim, as penas seriam sanções exclusivas do Direito Penal, enquanto ao Direito Civil caberia apenas determinar a recomposição do patrimônio lesado.

No julgamento do *leading case* alemão a respeito da aplicabilidade dos *punitive damages* naquele país, BGH, de 4 de junho de 1992, a corte alemã entendeu que não seria possível executar condenação proferida nos Estados Unidos em que o réu tinha sido condenado a pagar indenização de cunho punitivo. Isso porque o ordenamento alemão previa apenas como consequência de uma ação ilícita a reparação dos danos.¹¹

Primeiramente, necessário ressaltar que a clássica separação das funções do Direito Penal e Civil está cada vez mais rarefeita. Isso porque, a partir do processo de constitucionalização do direito verifica-se uma maior influência dos valores e princípios constitucionais na interpretação e aplicação dos institutos de Direito Civil, o que acaba por relativizar a dicotomia entre o Direito Público e Privado, com o objetivo precípua de se interpretar as normas à luz dos princípios constitucionais, tal qual o princípio da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2009, p. 231).

Assim, não é possível rejeitar a função punitiva da responsabilidade civil com base num paradigma que, segundo MORAES (1991, p. 5)

não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação. Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado.

Ademais, importante destacar, nas palavras de JUNQUEIRA (2004, 212):

O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica, deveria levar todos os juristas independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. **Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada. Do nosso lado, o lado civilista, cumpre ressaltar, antes mais nada, que não é verdade que o direito civil não puna. Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra *pena*.**¹² (destaque-se)

Dessa forma, em oposição ao entendimento de que a função punitiva seria exclusiva do direito penal, doutrina mais moderna vem identificado a existência de diversas sanções punitivas em ramos distintos do direito, tais quais, a pena de demissão, a perda dos direitos políticos, as multas previstas no Direito Processual Civil nas hipóteses de litigância de má-fé ou pelo cometimento de atos atentatórios à dignidades da Justiça. No Direito Civil ressalte-se,

¹¹ Para maiores informações, confira-se: MORAES, 2003, p. 252.

apenas a título de exemplo, na Parte Geral do Código Civil, a sanção de perdimento dos frutos dos bens do ausente em favor de seu sucessor, aplicável àquele que houver se ausentado de maneira injustificável¹³, nos Direitos da Obrigações, os juros de mora a cujo pagamento está obrigado o devedor inadimplente¹⁴, no Direito das Coisas, a perda do direito à indenização pelas benfeitorias úteis ou voluptuárias erigidas pelo possuidor de má-fé em imóvel alheio.¹⁵

2.2. Excessos nas indenizações e incentivo à litigância frívola

Outra objeção à adoção da indenização punitiva, seria o fato de que indenização geraria um estímulo ao ajuizamento de ações temerárias. A fim de validar esse argumento, a doutrina usualmente se volta ao clássico caso “McDonald’s Coffee Case”.

Em linhas gerais, o caso é mais comumente retratado da seguinte forma: uma senhora chamada Stella Lieback queimou-se ao tentar adoçar, enquanto dirigia, um café comprado no McDonald’s. Ajuizada ação de indenização, o McDonald’s foi condenado a pagar a quantia de US\$ 2.700.000,00 à Lieback a título de *punitive damages*.

Sustenta-se que esse caso seria exemplo da “imprevisibilidade, para alguns um verdadeiro ‘desvario’” da indenização punitiva, pois permite a reparação “para algo que não era nada mais do que um acidente cotidiano e que lhe cabia evitar, porque estava inteiramente no seu âmbito de ação. Uma hipótese típica de culpa exclusiva da vítima” (MORAES, 2003, p. 230).

No entanto, conforme passaremos a demonstrar, o caso possui detalhes um pouco mais complexos do que usualmente relatado e que merecem atenção.

Primeiramente, Stella Lieback não estava dirigindo quando ocorreu o acidente, o carro estava estacionado no momento em que ela retirou a tampa do copo para adoçar o café, que derramou-se sobre o seu colo queimando-a severamente.

Foi constatado que Lieback sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de 6% do seu corpo, teve que ficar hospitalizada em torno de sete dias e permaneceu em casa sob

¹³ Art. 33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.

Parágrafo único. Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos

¹⁴ Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

¹⁵ Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

cuidados outras três semanas. Ademais, Lieback teve que se submeter a tratamentos contra queimaduras, tal qual o debridamento na área atingida, ficou com cicatrizes permanentes em cerca de dezesseis por cento do corpo e perdeu em torno de 20 kg durante todo o período do tratamento (ANDRADE, 2009, p. 215).

Num primeiro momento, Lieback escreveu ao McDonald's com intuito de reclamar o ressarcimento das despesas médicas para o tratamento das queimaduras, em torno de US\$ 11.000,00. O McDonald's, no entanto, ofereceu-lhe cerca de US\$ 800,00 (MORAES, 2003, p. 231).

Assim, diante da impossibilidade de se fazer um acordo com o McDonald's, Lieback ajuizou ação de indenização por danos materiais com pedido de condenação por *punitive damages*.

Foi constatado pela perícia que o McDonald's servia o café na temperatura de 180 e 190 graus e que, a essa temperatura, o café não poderia ser consumido imediatamente por risco de causar queimaduras de segundo grau 3,5 segundos depois de atingida a pele.¹⁶ Por sua vez, o café servido numa temperatura um pouco mais baixa, levaria 8 segundos para causar uma queimadura após o primeiro contato com a pele (MORAES, 2003, p. 231).

Também foi demonstrado no curso da ação que a rede de lanchonetes havia recebido cerca de 700 reclamações por queimaduras num período de 10 anos. Quanto a isso, a defesa do McDonald's afirmou que esse dado representava um percentual insignificante em meio ao total de copos de café vendidos no período, que seria em torno de 24 milhões.¹⁷

A princípio, o júri condenou o McDonald's a pagar indenização compensatória à Lieback no valor de US\$ 200.000,00, o qual foi diminuído para US\$ 160.000,00, pois entenderam que Lieback havia concorrido na proporção de 20% para ocorrência do acidente. Ademais, a título de *punitive damages*, a rede de lanchonetes foi condenada ao pagamento de US\$ 2.700.000,00, quantia essa equivalente à venda de café na rede mundial do McDonald's no período de dois dias. Esse valor, no entanto, foi posteriormente reduzido para US\$ 480.000,00 pelo juiz. Por fim, as partes acabaram fazendo um acordo com cláusula de sigilo por valor provavelmente inferior ao estabelecido pelo juiz (ANDRADE, 2009, p. 217).

Assim, verifica-se que no caso Lieback vs. McDonald's os danos gerados à autora da ação foram muito maiores do que se imaginaria: Lieback sofreu queimaduras de 2º grau em cerca de 6% do seu corpo que, além de deixarem cicatrizes permanentes, geraram despesas

¹⁶ PUBLIC CITIZEN. Legal Myths: The McDonald's "Hot Coffee" Case. Disponível em : http://www.citizen.org/congress/article_redirect.cfm?ID=785. Acesso em 8 de novembro de 2013.

¹⁷ PUBLIC CITIZEN. Legal Myths: The McDonald's "Hot Coffee" Case. Disponível em : http://www.citizen.org/congress/article_redirect.cfm?ID=785. Acesso em 8 de novembro de 2013.

médicas elevadas e abalo significativo a sua saúde. Ressalte-se, ainda, o descaso do McDonald's ao ser inquirido por Lieback a ressarcir-la pelas suas despesas médicas.

Esse caso, um dos mais emblemáticos a respeito dos *punitive damages*, demonstra que muitos dos temores relativos à adoção desse tipo de indenização baseiam-se em análises superficiais dos casos mais divulgados nos meios de comunicação.

Para que os *punitive damages* sejam aplicados é necessário o preenchimento de uma série de requisitos subjetivos e objetivos¹⁸, o que impede a sua incidência a qualquer situação em que tenha ocorrido dano material e moral. Não por menos, diferente do que se imagina, nos Estados Unidos a condenação ao pagamento de indenização a título de *punitive damages* é incomum, sendo aplicada em torno de 2 a 9% dos casos em que requerida pelo autor.¹⁹

Ademais, os valores de tais indenizações não costumam ser tão elevados como usualmente divulgados. Nesse sentido, um estudo realizado em 2001 concluiu que a média das indenizações por *punitive damages* nos Estados Unidos era em torno de US\$ 25.000,00²⁰

Assim, não se justifica o temor da chamada “litigância frívola”, segundo o qual a vítima seria incentivada a ajuizar ações ilegítimas a fim de obter benefício ilícito por meio de das indenizações de cunho punitivo.

E ainda que ocorra erro judicial e que o demandado seja condenado a pagar indenização de cunho punitivo em hipótese que não se justifica ou por valor excessivo, há possibilidade de revisão do mérito das decisões judiciais, quer pelo sistema recursal ou mesmo por meio de ações autônomas de impugnação, o que reduz significamente o risco de indenizações desproporcionais (SERPA, 2003, p. 202).

Ressalte-se, ainda, que tais demandas, ilegítimas, também poderão ser coibidas pelos meios previstos no Código de Processo Civil, que prevê sanções e multas àqueles que atuam em litigância de má-fé e cometem abuso de direito, tal qual previsto no artigo 18 do Código de Processo Civil.²¹

¹⁸ A respeito dos pressupostos objetivos e subjetivos, verificar o tópico 1.3.2 do capítulo 1.

¹⁹ “Six major surveys reviewing punitive damages since 1985 reveal that, on an absolute bases, factfinders have awarded punitive damages in 2% - 9% of all cases plaintiffs won, and an average of the studies suggest a rate on the low end of the range.” (SEBOK, 2007)

²⁰ Sobre o tema: “In 2001 study estimates the median por punitive damages at US\$ 25,000. Without doubt, such a median punitive damages award disregards the very small set of extremely high awards, but high amounts are not often awarded as the public generally believes.” (MEURKENS, 2012, p. 65)

²¹ Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária^{2º} O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento

Por fim, ainda que os próprios requisitos para aplicação da indenização punitiva e os mecanismos de dissuasão da litigância de má-fé previstos no Código de Processo Civil não fossem suficientes para impedir a chamada “indústria do dano moral”, o suposto incentivo à litigância frívola pode ser afastado com a destinação do valor da condenação a título de indenização punitiva a um fundo público e não à vítima, nos moldes da Lei nº 7.347/85.²²

2.3. Incompatibilidade com a responsabilização objetiva

Há ainda que se combaterem as críticas de que a responsabilidade punitiva não seria compatível com a responsabilidade objetiva.

É certo que tais institutos possuem requisitos distintos de aplicação. A responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco, segundo a qual aquele que desempenha atividade geradora de riscos tem o dever de indenizar. A culpa, portanto, é mitigada: o dever de indenizar surge com o dano e da relação deste com a atividade que o imputado desenvolve.

A indenização punitiva, por sua vez, exige para sua configuração a existência de culpa grave ou dolo, além do nexos causal e dano. Assim, verifica-se que os pressupostos para aplicação das duas formas de indenização são distintas.

No entanto, o que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro é que a indenização punitiva vem sendo utilizada como forma de arbitrar os danos causados pelo imputado. O valor da indenização é calculado tendo em vista a extensão do dano e também a “capacidade econômica do ofensor” e o “caráter pedagógico da indenização”. Ou seja, não há uma diferenciação do montante da indenização imposta a título de indenização compensatória e a título de indenização punitiva. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas oportunidades:

A revisão do valor fixado a título de danos morais para o autor, em razão da morte ocasionada por disparo de arma de fogo por policial, encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. (AgRg no AREsp 292.696/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma DJe 10/4/13).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Trecho do acórdão do AgRg no AResp 305302/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/05/2013)

²² Artigo 13 da lei nº 7.347/85: Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

A revisão do valor fixado a título de danos morais e estéticos para os autores em razão de acidente de trânsito provocado por agente estatal, encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização.

(Trecho do acórdão do AgRg no AResp 253665/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/05/2013)

Ocorre que, como já mencionado, as indenizações objetiva e punitiva possuem pressupostos diversos para sua aplicação. Assim, é certo que no modelo atualmente adotado pela jurisprudência dos tribunais, há uma confusão relativa aos requisitos para aplicação de cada tipo de indenização. Ao final, o demandado não sabe quais valores da condenação são devidos a título de indenização punitiva e a título de indenização por danos materiais e morais decorrentes da responsabilidade objetiva

Percebe-se que não se trata de uma incompatibilidade entre os institutos da responsabilidade objetiva e da indenização punitiva, mas de uma falha na análise dos pressupostos para aplicação de cada um deles.

É necessário, portanto, que tanto a parte que pleiteia indenização quanto o juiz abordem separadamente os requisitos necessários para incidência da responsabilidade objetiva e da indenização de cunho punitivo, da mesma forma como ocorre nos Estados Unidos, onde as indenizações devidas (material, moral, punitiva) são analisadas e calculadas separadamente.

Por essa razão, no ordenamento americano, mesmo nas hipóteses de *strict liability* (responsabilidade objetiva), o demandado pode ser condenado ao pagamento de indenização a título de *punitive damages*. Essa condenação adicional, necessário reiterar, somente ocorre se restarem demonstrados, além dos pressupostos da responsabilização objetiva, os pressupostos específicos para o cabimento dos *punitive damages* (SERPA, 2003 p. 205).

Assim, em demanda fundada na responsabilidade objetiva, o demandante poderá, caso seja do seu interesse, acrescer à causa de pedir os elementos necessários para configuração da indenização punitiva, tal qual a existência de culpa grave ou dolo do demandado.

Nas palavras de JUNQUEIRA (2004, p. 214), “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 e, além disso, pode ser cumulada como causa de indenização nos casos de responsabilidade objetiva”.

Dessa forma, nada impede a cumulação de pedidos de indenização compensatória decorrente de responsabilidade objetiva e da indenização punitiva. Isso porque, apesar de ambos pedidos se fundarem na mesma causa de pedir, os aspectos fáticos de cada um são diversos (SERPA, 2003, p. 217).

Primeiro, portanto, o juiz deverá analisar o pedido de indenização material e moral, fundada na responsabilidade objetiva, e, em seguida, caso haja condenação de cunho compensatório, deverá ser analisado o pedido de indenização punitiva. O primeiro pedido, portanto, é prejudicial ao segundo.

Assim, verifica-se que os institutos são compatíveis desde que respeitados os pressupostos necessários para cada condenação. A indenização punitiva demanda a comprovação de seus elementos subjetivos, culpa grave ou dolo, enquanto para condenação de indenização por responsabilidade objetiva é necessário, somente, que haja dano e nexo de causalidade²³.

2.4 Vedação ao *bis in idem*

Outra crítica levantada pela doutrina contrária à aplicação da indenização punitiva é a de que tal adoção violaria o princípio que veda o duplo sancionamento pela mesma conduta, *ne bis in idem*. Sobre o tema, MORAES (2003, p. 260) afirma que a indenização punitiva representa “não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal”. Discute-se, aqui, ilícitos que poderiam ensejar sanções penais de ramos diversos do direito como, por exemplo, condenação ao pagamento de multa administrativa e indenização punitiva.

Sobre essa objeção, é necessário recordar que há diversas condutas, cujos desdobramentos no ordenamento brasileiro deverão ser apurados por diversos ramos do direito.

É o que ocorre, por exemplo, no caso do servidor público que pela mesma conduta pode responder a processo judicial penal e a procedimento administrativo disciplinar. Isso porque, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, admite-se que de um mesmo ato

²³ Caso a vítima peça na ação de indenização que o ofensor seja condenado por indenização punitiva, será imprescindível a demonstração da culpa grave ou dolo do ofensor. Isso será analisado na item 3.1 do capítulo 3.

decorram efeito jurídicos diversos, logo, não há oposição para que um comportamento seja, simultaneamente, considerado ilícito civil, penal e administrativo.

Nesse sentido, aponta a jurisprudência:

Impera a noção de independência entre as instâncias civil e criminal, uma vez que o mesmo fato pode gerar, em tais esferas, tutelas a diferentes bens jurídicos, acarretando níveis diversos de intervenção. Nessa seara, o novo Código Civil previu dispositivo inédito em seu art. 200, reconhecendo causa impeditiva da prescrição: "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".(...)

(Trecho do acórdão do REsp 1135988/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA, DJe 17/10/2013)

A teor do princípio da independência das instâncias penal e administrativa, eventual nulidade no processamento da sindicância não prejudica a apuração das condutas no âmbito penal, ainda mais se se considerar que a persecução penal será conduzida com a devida observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedente. (...)

(Trecho do acórdão do HC 218614/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 16/10/2013)

O tema envolve a relativa independência das instâncias (civil e criminal), não sendo matéria desconhecida no Direito brasileiro. De acordo com o sistema jurídico brasileiro, é possível que de um mesmo fato (aí incluída a conduta humana) possa decorrer efeitos jurídicos diversos, inclusive em setores distintos do universo jurídico. Logo, um comportamento pode ser, simultaneamente, considerado ilícito civil, penal e administrativo, mas também pode repercutir em apenas uma das instâncias, daí a relativa independência.

(Trecho do acórdão do RHC 91110/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2008)

Assim, de acordo com o princípio da independência das instâncias e, ainda, com o que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a teor dos julgados acima transcritos, não haveria impedimento para que uma mesma conduta ensejasse condenação em instâncias distintas, o que afasta a objeção doutrinária de que a indenização punitiva poderia violar o princípio do *ne bis in idem*.

Ademais, nada impede que, em tais situações, em que a mesma conduta é suscetível de condenação em mais de uma esfera jurídica, o juiz da causa fixe o valor da condenação tendo em mente que o demandado poderá vir a ser condenado ao pagamento de sanção punitiva em outro ramo do ordenamento.

Há, ainda, a preocupação doutrinária do *ne bis in idem* em situações em que uma mesma conduta ou atividade ilícita gere distintas demandas com pedido de indenização

punitiva, o chamado *multiple punishments problem* pela doutrina americana (MEURKENS, 2012, p. 65).

É o que ocorre, por exemplo, no caso TIM, em que a prestação de serviço defeituoso afeta inúmeros consumidores que, conseqüentemente, podem vir a pleitear indenização punitiva judicialmente e, caso a demandada venha a ser condenada em todas elas, o valor das condenações poderá atingir montante muito superior ao necessário para cumprir a função almejada pela indenização punitiva.

Em tais situações, a doutrina vislumbra duas soluções possíveis.

A primeira seria que o valor da indenização punitiva fosse arbitrado tendo em vista da possibilidade de o réu vir a ser demandado em outras ações pela mesma atividade ou conduta. Nesse sentido, defende ANDRADE (2009, p. 284):

Cabe ao julgador a delicada tarefa de determinar um valor que, sistematicamente fixado em demandas que tenham como causa fatos relacionados com o mesmo padrão de negligência, possa atuar como elemento de pressão para que a empresa fornecedora melhore os seus serviços.

Essa solução afastaria a possibilidade de *bis in idem*, no entanto, a sua aplicação revela-se trabalhosa. Isso porque o julgador teria que fazer uma estimativa de todas as pessoas possivelmente atingidas pela conduta danosa e, assim, calcular o valor da indenização punitiva com base na possibilidade de todas as vítimas ajuizarem ações contra o demandado. Ou seja, o valor da condenação se basearia em mera suposição da quantidade de pessoas prejudicadas pela conduta do réu e de que essas de fato ajuizariam ações com pedido de indenização punitiva contra ele, de modo que o valor total das condenações permitiriam alcançar os objetivos de punição e prevenção almejados com a indenização punitiva.

Tendo isso em vista, parte da doutrina defende que o demandado só possa ser condenado uma única vez a título de indenização punitiva pela mesma conduta ou atividade.²⁴ Para quantificação do valor a ser pago, o magistrado se basearia no dano gerado à sociedade por aquela ação, tendo em conta a real quantidade de vítimas atingidas.

Assim, após o pagamento da primeira indenização punitiva, o ofensor só poderia ser condenado, nas ações eventualmente deduzidas pela mesma conduta ilícita, ao pagamento de indenização com viés compensatório.

²⁴ Sobre o tema, ver: MEURKENS, Lotte (Ed.); NORDIN, Emily (Ed.). *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for thought, in Punitive Damages: is Europe Missing Out?*. Cambridge: Intersentia, 2012, p. 97; Pedro Ricardo e Serpa, *Indenização Punitiva*, Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003 p. 214.

Essa solução revela-se mais prática e eficiente, pois a condenação por indenização punitiva alcançaria os efeitos almejados por meio de um único julgado, e não da soma das condenações de diversas ações que poderiam vir, ou não, a ser ajuizadas.

2.5 Necessidade de prévia cominação legal

A necessidade de prévia cominação legal é, provavelmente, a crítica mais pertinente à adoção da indenização punitiva pelo ordenamento brasileiro, uma vez que o artigo 944 do Código Civil é taxativo ao dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Essa regra, todavia, é relativizada no parágrafo único do mesmo artigo, em que se admite a ponderação da culpa do ofensor com o fim de reduzir o valor da condenação indenizatória²⁵. No entanto, de acordo com MORAES (2003, p. 297), essa regra não representaria uma exceção ao princípio da reparação integral do prejuízo, pois o dispositivo não autoriza de forma expressa, ou ainda que implícita, que a culpa seja utilizada para majorar a indenização.

Em contrapartida, o artigo 948 do Código Civil²⁶, ao mencionar a possibilidade de condenação a “outras reparações”, deixa em aberto as possíveis formas de indenizações devidas em casos de homicídio, o que pode ser interpretado como uma maneira encontrada pelo legislador de permitir indenizações que vão além da mera reparação.

Ademais, alguns autores defendem que, ainda sem expressa autorização normativa para aplicação da indenização punitiva, tal indenização poderia ser aplicada como forma de assegurar a proteção aos direitos humanos. Assim, por meio de uma ponderação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação à pena sem prévia cominação legal, pode-se extrair o fundamento legal necessário para imposição da indenização punitiva. Nesse sentido, afirma ANDRADE (2009, p. 284):

Com efeito, sopesando os interesses contrapostos em jogo, não é difícil estabelecer qual deles deve preponderar. De um lado, tem-se o interesse em prevenir comportamentos lesivos a direitos da personalidade, dissuadindo o lesante e terceiros, de outro, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista previamente em lei. A aplicação da indenização punitiva atenderia, sem dúvida, a um interesse sensivelmente mais relevante, afastando o princípio da anterioridade apenas

²⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²⁶ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

nos casos que ensejassem a imposição daquela forma de indenização para a proteção de direitos da personalidade.

No entanto, o entendimento mais correto a respeito da objeção relativa à necessidade de prévia cominação legal parece ser a de JUNQUEIRA (2004, p. 214), segundo o qual:

[...] um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou da quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade de vida.

Ou seja, apesar da semelhança dos institutos, principalmente em relação aos pressupostos de aplicação, não se trata da clássica visão da indenização punitiva nos moldes dos *punitive damages*. O que se pretende com a indenização punitiva de cunho social é reparar a sociedade pelo dano perpetrado contra ela por meio de condutas ou atividades ilícitas que rebaixam o nível de vida da coletividade.

Trata-se, é certo, de uma inovação em que se constata a possibilidade de existência de uma forma de dano distinta da material e moral. Por meio dessa interpretação,

[...] o art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – também uma indenização pelo dano social. A 'pena' – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.” (JUNQUEIRA, 2004, p. 215).

Finalmente, a par da inovação trazida por JUNQUEIRA, é necessário ressaltar que apesar do comando do artigo 944, caput, do Código Civil, determinar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, a jurisprudência majoritária admite as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil na aferição do montante indenizatório, conforme já demonstrado por meio de julgados colacionados.

Nesse sentido, a doutrina também não nega a função punitiva da responsabilidade civil. Assim, o que se propõe é uma nova forma de imposição da indenização de cunho punitivo, cujos pressupostos devem ser analisados separadamente aos da indenização material e moral, tendo em vista o dano gerado à coletividade.

Ressalte-se, por fim, os enunciados 379 e 456 da V Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2012, segundo os quais admite-se a função punitiva da responsabilidade civil e, ainda, afirmam a existência de outras formas de danos além dos materiais e morais:

A indenização mede-se pela extensão do dano. A expressão “dano” abrange

não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. O preceito não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

2.6 Enriquecimento-ilícito da vítima

Defende-se, ainda, que a aplicação da indenização punitiva levaria ao enriquecimento ilícito do demandante, o que é vedado no ordenamento brasileiro, nos termos do artigo 884 e seguintes do Código Civil, pois constitui em soma não relacionada à violação do demandante.

Essa crítica tem como fonte o paradigma ressarcitório da responsabilidade civil, segundo o qual aquele que sofre o dano tem direito a ser ressarcido de maneira integral, o que significa que a extensão do dano define o limite do direito à reparação. Não raro, a jurisprudência posiciona-se de acordo com esse posicionamento:

A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedente.

(Trecho do acórdão do REsp 884009/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 10/05/2011)

A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição dos prejuízos emocionais e a vedação ao enriquecimento ilícito.

(Trecho do acórdão do REsp 1119933/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 01/03/2011)

No tocante ao valor da indenização, também devidamente esclarecido que "o valor do dano moral (...) deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado, absurdo, causador de enriquecimento ilícito" (REsp nº 255.056/RJ, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 30/10/2000). Vale lembrar, outrossim, precedente da Quarta Turma, Relator para o acórdão o Ministro Ruy Rosado Aguiar (REsp nº 269.407/RJ, DJ de 19/3/01), mostrando que não tem sentido a revisão pela Corte quando não há flagrante abuso.

3. Agravo regimental desprovido.

(Trecho do acórdão do AgRg no AResp 305302/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/05/2013)

Primeiramente, cabe ressaltar que a indenização punitiva de cunho social visa punir e coibir condutas e atividades ilícitas que atingem toda a sociedade e que rebaixam a tranquilidade e qualidade de vida da população. Assim, esse tipo de indenização visa, na

realidade, recompensar a sociedade pelo mal gerado pelo demandado, o que afasta a alegação de enriquecimento ilícito.

Ademais, essa forma de indenização pode desempenhar o papel de impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória do demandante, por outro lado, não possui essa aptidão pois visa apenas a compensação da vítima, o que a torna indiferente à vantagem obtida pelo ofensor por meio da prática ilícita.

Por fim, é possível que a indenização punitiva de cunho social seja destinada a um fundo público. Dessa forma, ao demandante caberia unicamente o valor correspondente à compensação pelo dano sofrido e, presentes os requisitos para aplicação da indenização punitiva, esse valor se destinaria a um fundo público responsável por administrar os valores recebidos e utilizá-los para reconstituição dos bens e interesses lesados, nos moldes do fundo de defesa dos direitos difusos, criado pela lei nº 7.347/85.

Tendo em vista as principais objeções doutrinárias acima elencados e a insuficiência da função reparatória na punição do autor e prevenção de novo danos, importa analisar três precedentes recentes, nos quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Justiça do Trabalho de Curitiba, de forma pioneira, condenaram os réus ao pagamento de indenização cunho punitivo.

3. Aspectos controvertidos de precedentes que atribuíram funções punitiva e preventiva à responsabilidade civil

Repasadas as principais objeções à adoção da indenização punitiva no ordenamento brasileiro, importa analisar alguns precedentes recentes, um caso envolvendo a AMIL e dois casos contra a TIM, em que houve condenação de indenização punitiva em moldes semelhantes aos *punitive damages*.

Trata-se de uma inovação jurisprudencial cujo intuito é sanar a insuficiência do paradigma reparatório por meio de uma condenação que transborda os limites dos prejuízos sofridos pelo lesado. São decisões recentes, passíveis, ainda, de reforma recursal. Importante ressaltar, no entanto, que tais decisões tornam ainda mais latente a incapacidade da indenização reparatória em dar respostas eficientes aos novos tipos de dano.

Assim, necessário analisar tais precedentes e verificar os seus aspectos controvertidos, que deverão ser sanados para que a indenização punitiva possa ser eventualmente adotada no ordenamento brasileiro.

O caso AMIL consiste em uma ação de indenização, processo nº 0027158-41.2010.8.26.0564, distribuída para 3ª Vara Cível do foro de São Bernardo do Campo, ajuizada por João Angelo Garbelin, segurado da Amil, pelo fato de a empresa ter recusado a cobertura dos serviços de atendimento e internação de emergência devido à carência do plano.

Em 1º grau, o pedido foi julgado procedente com a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00. Ambas as partes recorreram da sentença: a seguradora alegou que o período de carência de 24 meses estabelecido deveria ser respeitado e o segurado defendeu que o valor da indenização deveria ser majorado devido ao acentuado sofrimento e angústia por ele suportados.

A 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar as apelações interpostas, entendeu que ficou caracterizado o dano social em razão da necessidade de se coibir a prática de reiteradas recusas ao cumprimento de contratos de seguro saúde pela AMIL.

O dolo da seguradora estaria caracterizado pelo fato de que, em se tratando de atendimento em caráter de urgência, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o plano de saúde não pode alegar o não cumprimento do período de carência para recusar o atendimento ao segurado. Ademais, essa imposição aos planos também está expressa no artigo 35-C, I e II, da Lei 9.656/98, que dispõe:

É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

No entanto, apesar do posicionamento jurisprudencial e da imposição normativa, a AMIL possuía inúmeras ações semelhantes contra ela, em razão da recusa reiterada de cobrir os custos do atendimento emergencial, e, ainda, assumia uma atitude protelatória no curso de tais ações por meio da interposição de recursos com base em jurisprudência ultrapassada.

Assim, com intuito de coibir essa atitude da AMIL e com a intenção de dar fim a causas que se arrastam com o exclusivo escopo procrastinatório, a Câmara condenou a ré ao pagamento de indenização punitiva por dano social no valor de R\$ 1.000.000,00, destinado ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, além de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 destinado ao segurado.

O caso que envolve a TIM possui características bastante semelhantes ao julgado do caso AMIL. O primeiro consiste em uma ação de reparação por danos morais, processo nº 1507/2013, ajuizada por Renata Ruiz Silva contra a TIM CELULAR S/A perante o Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Jales/SP.

Em linhas gerais, a autora aderiu ao plano Plano Infinity Pré, em que as ligações, cobertas pelo plano (locais ou interurbanas dentro do código 41), valeriam R\$ 0,25 por chamada independente da duração. Por sua vez, as ligações não pertencentes ao plano ou feitas por meio de outros operadores seriam cobradas de acordo com o praticado no mercado.

Contudo, devido à ausência de sinal e constante queda das ligações cobertas pelo plano, a autora se via obrigada a refazer diversas vezes a mesma ligação, pagando, assim, a tarifa convencionada, R\$ 0,25, cada vez que realizava a mesma chamada. Curiosamente, esse fenômeno só ocorria nas chamadas cobertas pelo plano, enquanto as demais não apresentavam problemas.

Em vista disso, a autora demandou indenização por danos morais, alegando enriquecimento ilícito da TIM, que estaria derrubando as ligações propositalmente com intuito de forçar os clientes a realizarem a mesma chamada diversas vezes, obrigando-os ao pagamento da taxa a cada ligação.

O ônus da prova foi invertido, determinando que a TIM demonstrasse a ausência de interrupções na linha telefônica nas ligações referentes ao plano e o motivo pelo qual tais chamadas eram interrompidas em maior número de vezes em comparação às ligações não contempladas pelo plano.

A TIM, todavia, alegou apenas que a região onde a autora morava, Jales, sofria com áreas sem cobertura em função dos relevos da cidade, tais como morros, elevações e paredes de concreto.

Na sentença, o juiz consignou que a conduta da TIM havia sido proposital, com intuito de aumentar os lucros às custas do desrespeito ao consumidor. Assim, estaria comprovado que a publicidade sobre o Plano Infinity Pré seria falsa, pois levaria o consumidor a acreditar que pagaria apenas R\$ 0,25 pelas chamadas cobertas pelo plano, mas devido a má qualidade do serviço, obrigava-o a pagar o valor de mais de uma tarifa.

Feitas tais considerações, o juiz condenou a TIM ao pagamento por danos materiais e morais. Esse último estaria caracterizado pela violação ao “direito de não ser enganado pelos outros” e a indenização foi arbitrada no valor de R\$ 6.000,00, o que, segundo o juiz, atenderia aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Além dos danos acima mencionados, a ré também foi condenada ao pagamento de indenização por danos sociais. Isso porque a prática da TIM de interromper as ligações seria reiterada, de forma que não atingiria apenas à autora mas toda a coletividade.

Na sentença, o juiz ainda elencou o que seriam os pressupostos para aplicação do dano social, quais sejam: o violador deveria ser pessoa jurídica de dimensão transnacional, nacional ou regional; as condutas ilícitas deveriam ser praticadas reiteradamente; o dano deveria ter aptidão para afetar toda a coletiva ou grupos de pessoas indeterminadas e ser suficientemente grave, produzindo intranquilidade social e sofrimento.

Com base em tais argumentos, além da indenização por danos morais devida ao consumidor, a TIM foi condenada ao pagamento de cinco milhões por danos sociais que deveria ser distribuído aos hospitais Santa Casa de Jales e Hospital do Câncer de Jales.

O segundo caso envolvendo a TIM consiste em uma ação trabalhista com pedido de indenização por dano morais, processo nº 03831/2013, ajuizada por uma ex funcionária da TIM, Arisa Annes Costa Gonçalves contra a operadora perante a 8ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR.

Em linhas gerais, a autora pediu a condenação da TIM ao pagamento de indenização por dano moral pelo fato de a TIM restringir o uso do banheiro, considerado como uma "pausa para descanso", sendo necessário enviar um e-mail com pedido ao supervisor para ir ao local.

O juiz constatou a existência de diversas ações com pedidos semelhantes contra a TIM, com penas que variavam entre R\$ 1 mil e R\$ 10 mil, o que comprovaria que os valores fixados não estariam cumprindo com a finalidade de caráter pedagógico em relação o ofensor,

uma vez que a empresa continuava a praticar o ilícito diante das indenizações irrisórias a que foi condenada a pagar.

Assim, com intuito de desencorajar a TIM a manter a prática de restringir o uso do banheiro pelos funcionários, conduta que seria contrária ao princípio da dignidade humana, foi imposta condenação no valor de R\$ 5 milhões a título de danos morais devidos à ex funcionária da empresa.

Tendo em vista as inovações jurisprudenciais acima mencionadas e, ainda, a necessidade em se adotar uma função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, importa analisar alguns aspectos processuais controvertidos dessas condenações, sem pretensão de se esgotar o tema, tais quais o julgamento *ultra petita* e a legitimidade ativa para pedir esse tipo de indenização, bem como verificar quais são os critérios para arbitramento do valor indenizatório e qual deve ser o seu destinatário.

3.1 Julgamento *ultra petita*

Os casos AMIL e TIM (relativo à deficiência do plano Infinity Pré) tratavam-se de ações de indenização por danos morais e materiais, sem que fosse formulado qualquer pedido de condenação ao pagamento de indenização punitiva decorrente de danos sociais.

No julgamento do caso TIM, apesar de a indenização por dano social não ter sido pedida pela autora da ação, o juiz afirmou na sentença que a sua aplicação seria possível ainda assim, por força do disposto no artigo 465 §5º do Código de Processo Civil que determina que, *in verbis*:

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Segundo o juiz, a imposição da indenização por dano social seria permitida pelo Código de Processo Civil como meio indireto para efetivação das decisões judiciais. Ademais, afirmou que essa condenação seria admitida nos moldes do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita o manejo de qualquer tipo de ação, desde que tais interesses sejam adequadamente tutelados. Dessa forma, nada impediria a reparação do dano à coletividade por meio de uma lide individual.

Na ação de indenização do caso AMIL também não houve pedido de condenação por danos sociais. A 4ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo justificou a indenização punitiva pelo fato de que esse tipo de condenação estaria englobada no pedido de indenização em si, não sendo necessário, portanto, individualizar os pedidos. Ademais, segundo afirmou o relator, a própria seguradora havia tratado dessa matéria ao defender não ser cabível o caráter punitivo da reparação civil.

Apesar de tais argumentações, é possível que a condenação ao pagamento de indenização punitiva por danos sociais sem pedido expresso do autor seja interpretada como uma violação aos artigos 2º e 128 do Código de Processo Civil²⁷, uma vez que o julgamento transbordou os limites em que foi proposta a lide, o que resultaria em uma decisão *ultra petita*.

Nas palavras de DIDIER (2008, p. 284),

na decisão *ultra petita*, o magistrado analisa o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, mas vai além dele, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pela partes; [...]

Em tais situações, conclui autor, a decisão deve ser invalidada na parte em que supera os limites do pedido, uma vez que proferida com vício de procedimento. Isso porque o julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, pois leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo.

Ademais, como já demonstrado no tópico 2.3 do presente trabalho, a indenização punitiva possui critérios específicos para sua incidência e distintos daqueles decorrentes da responsabilidade objetiva. Dessa forma, é necessário não só que haja pedido específico de condenação ao pagamento de indenização punitiva, mas que o autor demonstre na exordial a incidência dos critérios da indenização punitiva, objetivos e subjetivos.

No que tange aos critérios subjetivos, na indenização punitiva é imprescindível que se demonstre o dolo ou culpa grave do autor. Por outro lado, na responsabilidade objetiva não há necessidade de verificar a culpabilidade do ofensor. Assim, não é possível que, tratando-se de uma relação de responsabilidade objetiva, o juiz condene o réu ao pagamento de indenização punitiva sem que o interessado demonstre a culpa do ofensor.

²⁷ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

O que se defende, portanto, é a necessidade de o autor deduzir, em cumulação sucessiva, o pedido prejudicial de condenação ao pagamento de indenização compensatória e o pedido prejudicado, de condenação do demandado ao pagamento de indenização punitiva. Assim, a petição inicial deverá trazer, além dos elementos necessários para condenação de cunho compensatório, os requisitos indispensáveis para procedência do pedido de indenização punitiva.

3.2 Legitimidade ativa

Também merece uma análise mais detida a questão da legitimidade ativa para pleitear indenização punitiva decorrente de danos sociais.

No que tange ao caso TIM envolvendo o Plano Infinity Pré e o caso AMIL, é discutível a possibilidade de que os autores pleiteiem indenização por danos sociais, ou seja, por danos coletivos ou difusos. Isso porque, atualmente, a proteção dos interesses da coletividade está prevista, dentre outras normas, na lei nº 7.347/85, segundo a qual são legitimados a propor ação principal por dano morais e patrimoniais causados à coletividade aqueles elencados no artigo 5º, tais quais o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, entre outros.

Assim, não há permissivo legal²⁸ que permita ao particular ajuizar demanda com pedido de indenização por danos causados à coletividade. O que pode ser discutido, no entanto, sem pretender esgotar o assunto, é se o indivíduo, como parte da coletividade e, com intuito de prevenir que ele próprio não volte a ter os seus direitos violados, não teria legitimidade de pleitear uma indenização com finalidade punitiva e preventiva.

Como visto no Capítulo 1, a indenização de cunho meramente reparatório não é apta a tutelar de forma eficaz os danos coletivos, uma vez que a compensação pelos danos sofridos revela-se em uma tarefa impossível. Assim, é necessário moldar a utilização de instrumentos e técnicas processuais novas aptas a tutelar os interesses difusos. E, para tanto, ensina PELLEGRINI (1989, p. 284) “é preciso, antes de mais nada, que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje afloram no processo situações diversas daquelas que constituíam o suporte dos institutos. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que hão de ser moldados às novas situações”.

²⁸ O artigo 6º do Código de Processo Civil determina que ninguém “poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Ressalte-se, a título de exemplo, o *class action* oriundo do ordenamento americano, em que é permitido a um único indivíduo ou a uma associação agir para tutelar interesses de milhares de pessoas, muitas vezes não identificáveis, na defesa dos direitos civis (*civil rights*), como, por exemplo, direito à educação, habitação, meio ambiente e direitos do consumidor (PELLEGRINI, 1989, p. 294).

Portanto, ainda que a questão da legitimidade ativa possa representar um obstáculo ao ajuizamento de ações de indenizações com pedido de indenização punitiva por dano social, é necessário repensar em novos instrumentos processuais que permitam a efetiva tutela de tais interesses.

3.3 Critérios para quantificação da indenização punitiva

A indenização punitiva visa, como já mencionado, à punição do ofensor bem como à prevenção para que a conduta indesejada não volte a ser adotada por ele ou por outras pessoas. É necessário, portanto, especificar os critérios para a quantificação da indenização punitiva de forma que os objetivos almejados sejam alcançados.

Nas condenações dos dois casos envolvendo a TIM e do caso AMIL não houve uma fundamentação de como se chegou aos valores das condenações de cunho punitivo. Tais decisões devem ser rechaçadas, a fim de evitar condenações arbitrárias.

Na sentença proferida no julgamento da ação de indenização contra a TIM, envolvendo o plano Infinity Pré, o valor de R\$ 5 milhões se deu pela reiteração da conduta da ré na prestação de serviço defeituoso e pelo tamanho do capital social da empresa que, segundo afirma o juiz na sentença, seria de R\$ 10 bilhões. Percebe-se, portanto, que não foram demonstrados os critérios utilizados para quantificar a indenização e que o valor obtido se deu apenas pelo fato de a TIM ostentar um patrimônio elevado.

No julgamento do caso AMIL, por sua vez, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo não mencionou os elementos utilizados para arbitrar a indenização em um milhão de reais. O acórdão sustenta apenas que o valor não era elevado se comparado ao lucro exagerado que a seguradora obtém ao negar cobertura aos seus segurados.

Por fim, no segundo caso envolvendo a TIM, em que a autora teve o uso do banheiro limitado pela operadora, a quantificação do valor indenizatório em R\$ 5 milhões foi fundamentada em apenas uma linha: “Entende-se que o valor fixado é adequado,

considerando-se as circunstâncias legais, como o grau de culpa do ofensor, a situação econômica das partes e a extensão do dano.”

Verifica-se uma clara dificuldade dos tribunais em seguir critérios específicos para quantificação dos valores da indenização punitiva, bem como de fundamentar o porquê do valor obtido. É necessário que os critérios para imposição desse tipo de indenização sejam afinados e uniformizados para que não sejam impostos de maneira arbitrária e, assim, a indenização punitiva alcance as funções de punição e prevenção que lhes são esperadas.

Ressalte-se, primeiramente, que as funções da indenização punitiva são distintas da função exclusivamente reparadora. Dessa forma, a quantificação da indenização punitiva deve se basear em critérios que não se relacionem com a recomposição do patrimônio lesado, mas com a retribuição do ofensor pelo mal gerado e a dissuasão ao cometimento de novas condutas indesejadas.

Por tal motivo, o foco para quantificação da indenização punitiva desloca-se da pessoa do ofendido e do prejuízo por ele suportado para a pessoa do ofensor e para a conduta por ele praticada. Isso porque, para fins de indenização meramente reparatória, o que importa é apenas reparar o dano sofrido, não sendo necessária, portanto, a análise da gravidade da ação ou a intenção do ofensor. No entanto, para que a indenização punitiva cumpra as finalidades de punição e prevenção é necessário analisar a pessoa do ofensor e a sua conduta, a fim de arbitrar um valor que seja de fato uma punição bem como um incentivo para que novas condutas ilícitas deixem de ser praticadas.

No § 908 do *Restatement of Torts* (Estados Unidos, 1979) são enumerados três critérios para quantificação da indenização punitiva, que serão em seguida analisados: o grau de reprovabilidade da conduta, a natureza e extensão dos prejuízos causados ao lesado e a capacidade econômica do lesante (MEURKENS, 2012, p. 4).

O grau de reprovabilidade da conduta diz respeito ao grau de culpa ou dolo do lesante. É certo que a indenização punitiva exerce uma função moralizadora, pois diferencia as ações que são apenas passíveis de indenização daquelas que merecem uma reprovação da sociedade quanto ao ilícito perpetrado. Dessa forma, a quantificação da indenização com base na reprovabilidade da conduta se justifica no argumento de que o ofensor deve ser apenado com maior severidade quanto maior for a sua desconsideração pelo bem jurídico atingido (SERPA, 2003, p. 326).

Assim, aquele que age em dolo ou de forma gravemente negligente deve suportar uma indenização mais elevada do que aquele que veio a produzir o evento danoso por mera negligência. No primeiro caso é necessário a incidência de indenização punitiva pela

gravidade da conduta do ofensor que, premeditando os danos, tomou conscientemente a decisão de não os evitar. Por outro lado, aquele que age com mera negligência deve ser condenado apenas ao pagamento de indenização compensatória.

Ademais, os diferentes graus de culpa são relevantes para a quantificação da indenização. Merece destaque o julgamento do caso *BMW vs. Gore*, em que a Suprema Corte Americana definiu os critérios de verificação do grau de culpa do ofensor a serem levados em consideração para quantificação da indenização punitiva: se a conduta ilícita demonstrava uma indiferença, ou flagrante desconsideração para com a saúde ou segurança dos outros, se a conduta demonstrava reincidência do ofensor ou se era um ato isolado, e, finalmente, se a conduta se caracterizada como um ato intencional, malicioso ou traiçoeiro.²⁹

Com intuito de promover a finalidade moralizadora da indenização punitiva, aquele que agiu com dolo, imbuído da intenção de causar o ato ilícito e, ainda, de gerar o dano, deve ser apenado mais severamente do que aquele que agiu com grave negligência. Não se pode permitir, para fins de indenização punitiva, que aquele que agiu com grave negligência seja punido da mesma forma do que aquele que agiu com dolo. Isso porque o que se espera é que a quantificação da indenização punitiva seja arbitrada de maneira proporcional à gravidade da conduta cometida.

Ressalte-se, por fim, que esse critério também pode ser utilizado mesmo nos casos de responsabilidade objetiva. Afinal, como já observado no item 2.6, não há qualquer incompatibilidade entre a responsabilidade objetiva e a indenização punitiva, desde que presentes e devidamente demonstrados os pressupostos necessários para cada condenação.

Outro critério que deve ser avaliado para quantificar o valor indenizatório é a gravidade e repercussão do dano sofrido pela vítima. Esse critério, ressalte-se, tem sido utilizado erroneamente pela jurisprudência como forma de aumentar o valor da indenização compensatória. No entanto, como já foi demonstrado no capítulo 2, trata-se de uma inovação da jurisprudência brasileira que deve ser rechaçada, uma vez que o apenado não sabe em que medida está sendo punido e em que medida está apenas reparando os danos suportados pela vítima.

Assim, o valor da indenização deve ser quantificado com base na relevância dos bens jurídicos atingidos pela conduta ilícita, ou mesmo com base na potencialidade danosa daquela ação.

²⁹ Em linhas gerais, esse caso envolve uma ação de indenização ajuizada por Gore contra a BMW por ele ter comprado um carro novo da marca em uma revendedora autorizada e ter descoberto, meses depois, que partes da carroceria haviam sido repintadas. Sobre esse caso, ver MEURKENS (2012, p. 139).

Em relação a esse critério, merece destaque, mais uma vez, o julgamento do caso *BMW vs. Gore*, em que a Suprema Corte americana houve por bem diminuir o valor da indenização por *punitive damages* ao entender que a sanção deveria ser mais severa se os prejuízos causados à vítima fossem físicos, em vez de meramente econômicos. Nesse caso, a conduta da BMW não havia diminuído em nada a segurança do carro e, portanto, tratava-se de danos apenas econômicos. Da mesma maneira, a Suprema Corte entendeu que a indenização punitiva também deveria ser mais severa se os prejuízos fossem tais que não comportassem reposição ao *status quo ante*.

Destaque-se, ainda, o julgamento do caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. vs. Haslip*, em que a Suprema Corte americana frisou, como relevante para o cômputo da indenização punitiva, não apenas os prejuízos efetivamente impostos ao demandante, mas também aqueles danos que provavelmente poderiam decorrer da conduta do demandado. Nesse sentido, ainda que a conduta ilícita tiver gerado prejuízo de pequena expressão ao demandante, a indenização punitiva deve ser majorada se a mesma conduta ou atividade for potencialmente prejudicial a um maior número de pessoas.³⁰ É o que ocorre, por exemplo, no caso AMIL, em que a conduta reiterada da seguradora em negar cobertura em atendimentos de emergência causa prejuízo não apenas ao demandado, mas tem potencial de prejudicar todos os seus segurados.

A condição econômica do ofensor também deve ser levada em consideração para fins de quantificação da indenização punitiva. Isso porque, como já mencionado, essa indenização visa principalmente à punição e prevenção de que novas condutas indesejáveis não voltem a ser realizadas. No que tange à prevenção especial, ou seja, àquela direcionada ao ofensor, para que a indenização punitiva possa eficazmente desestimulá-lo a não mais cometer atos ilícitos no futuro, é necessário que o valor da condenação seja quantificado em atenção à sua condição econômico-financeira, assegurando-se que a indenização será suficiente para que ele não venha a considerar economicamente mais vantajoso seguir com aquela conduta reprovável.

Para atender a esse critério é necessário ao magistrado analisar a realidade econômica do ofensor, pessoa física ou jurídica, de modo que o valor da indenização punitiva repercuta no seu patrimônio financeiro. O valor deve ser apenas o necessário para desestimular o

³⁰ Essa ação foi ajuizada por Cleopatra Haslip contra o seu corretor de seguros e a empresa *Pacific Mutual*, responsável pela gestão do seu contrato de saúde, sob o fundamento de que os demandados haviam cancelado a sua apólice sem prévia notificação e, ainda, continuaram a lhe exigir o pagamento de parcelas correspondentes ao prêmio. No caso, a autora só teve ciência do cancelamento da apólice quando necessitou ser internada, tendo que arcar com todas as despesas hospitalares (SERPA, 2004, p. 326).

cometimento de novos ilícitos, assim, essa quantia deve ser variável de acordo com a condição econômica do demandado.

A utilização desse critério é relevante, para fins de prevenção, principalmente nos casos em que, para o ofensor, os custos de obediência da lei, necessários para evitar a ocorrência de prejuízos, são mais altos do que os custos de eventualmente ser demandado judicialmente a reparar pelos danos causados.

Por fim, é necessário ter em conta o lucro obtido com a conduta ilícita no momento de quantificar o valor da indenização para impedir que o ofensor obtenha qualquer vantagem com aquela conduta (LOURENÇO, 2006, p. 401).

3.4 Destinação do valor da indenização

Outro aspecto que merece destaque em relação à adoção da indenização punitiva no ordenamento brasileiro diz respeito à destinação final do valor indenizatório. Existem três modelos possíveis e que devem ser analisados: destinação do valor (i) ao próprio demandante, (ii) a um fundo público voltado a melhorias sociais, ou (iii) a indenização é partilhada entre a vítima do ato ilícito e um fundo público.

No caso TIM, em que a parte teve o uso do banheiro restringido pela operadora, a indenização punitiva se deu pelos danos morais gerados à lesada e o valor arbitrado em R\$ 5 milhões foi destinado integralmente a ela. Nesse caso, há que se ponderar se a destinação total do valor configuraria um enriquecimento ilícito da autora.

Por sua vez, no caso TIM envolvendo o Plano Infinity Pré e no caso AMIL, os valores das indenizações punitivas por dano social foram destinadas a hospitais localizados nas regiões em que foram ajuizadas as ações, como forma de compensar a comunidade pelo dano sofrido e, ao mesmo tempo, impedir o enriquecimento ilícito do autor.

A destinação integral do valor da condenação ao demandante tem como modelo os *punitive damages*. JUNQUEIRA (2004, 217) é um dos doutrinadores a favor desse modelo, pois segundo o autor, o demandante, na sua ação individual de responsabilidade civil, também estaria agindo como defensor da sociedade. Continua o autor:

Exerce um múnus público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos “punitive damages”, denominam “private attorney general”. O autor, a vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade.

O demandante, portanto, ao ajuizar ação de indenização com pedido de condenação ao pagamento de indenização punitiva estaria atuando em substituição ao Ministério Público, exercendo uma função que ordinariamente não lhe competiria, o que justificaria que ele recebesse em troca uma recompensa que o estimulasse ao ajuizamento de demandas dessa natureza.

Contrária a esse posicionamento, MORAES (2004, p. 77) defende que o valor a mais da indenização, a título de indenização punitiva, não poderia ser destinado à vítima, mas servir como benefício a um número maior de pessoas, por meio do depósito em fundos pré-determinados.

Nos Estados Unidos, um dos motivos que leva o valor da indenização punitiva ser direcionada a própria vítima é o fato de não haver o costume de condenar a parte sucumbente a arcar com os custos da litigância suportados pela parte vencedora como há no Brasil. Por esse motivo, o ajuizamento de uma demanda judicial envolve necessariamente o desembolso de quantias expressivas e que, ao final da ação, não serão restituídas ainda que o autor vença o litígio (SERPA, 2003, p. 289). Assim, em hipóteses nas quais o prejuízo sofrido é inferior aos eventuais custos processuais, o lesado se sentiria desestimulado economicamente a ajuizar uma medida judicial. Por essa razão, nos Estados Unidos a destinação do valor à vítima funciona como meio de incentivar demandas legítimas, as quais, não fosse por isso, muito provavelmente, deixariam de ser ajuizadas.

No Brasil, todavia, a perspectiva de recompensa oferecida pela indenização punitiva tem a sua finalidade de incentivo bastante mitigada. Afinal, como se sabe, os custos da litigância já são impostos à parte sucumbente, além de as custas processuais não serem tão elevadas quanto nos Estados Unidos. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de o lesado receber assistência jurídica gratuita, sem a necessidade, portanto, de que o lesado tenha que realizar prévio desembolso dos custos da litigância.

Por tais motivos, a adoção da teoria do *private attorney general*, no Brasil, poderia servir como incentivo à litigância frívola, em que as pessoas seriam incentivadas a ajuizar ações de indenização ilegítimas na esperança de serem favorecidas por uma condenação de valores elevados por indenização punitiva.

Ademais, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a responsabilidade civil tem como um dos seus princípios a vedação ao enriquecimento ilícito, o que seria um entrave para que o valor da condenação fosse integralmente destinado à vítima. Por esse motivo, em análise feita à jurisprudência das Superior Tribunal de Justiça no tópico 2.6, verifica-se que,

ainda que os julgadores cogitem uma função preventiva e punitiva da indenização, o valor arbitrado não costuma ser elevado sob pena de enriquecimento ilícito do ofendido. Assim, é provável que, caso o valor da indenização punitiva seja destinado à vítima, os tribunais se sintam motivados a quantificar esse tipo de indenização de maneira mais moderada, o que acabaria por mitigar a eficiência de tal medida.

Também poderia ser admitida a hipótese de o numerário ser destinado a um “estabelecimento local de beneficência”, conforme o previsto no artigo 883, parágrafo único do Código Civil³¹. No entanto, como tais entidades não se submetem ao controle de um órgão administrativo público, poderia haver dificuldade em verificar se os valores atribuídos, decorrentes da indenização punitiva, foram, de fato, utilizados para repor a sociedade pelo dano sofrido.

Feitas essas ponderações, a destinação do valor a um fundo público parece ser a solução mais adequada ao problema. A quantia relativa à indenização punitiva seria destinada a um fundo que passaria a administrar os valores recebidos para reconstituição dos bens ou interesses lesados, nos moldes do fundo de defesa dos direitos difusos, previsto no artigo 13 da Lei 7.347/1985.³²

Essa prática evitaria a discussão a respeito do incentivo à litigância frívola, conforma já mencionado no item 2.6. Isso porque ao ofendido caberia apenas o montante da indenização relativo à reparação por danos materiais e morais.

Ressalte-se, ainda, que adoção dessa medida também evitaria que as indenizações punitivas fossem arbitradas em valores inferiores ao necessário para cumprir com as suas finalidades de prevenção e punição, pelo receio de que a sua destinação à vítima represente um enriquecimento ilícito. Não por menos, o Superior Tribunal de Justiça, com base nesse princípio, apesar de admitir em suas decisões as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, também afirma que os valores indenizatórios devem ser fixados com

³¹ Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

³² Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

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

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

moderação para que não haja enriquecimento ilícito do ofendido.³³ Assim, nas palavras de SERPA (2003, p. 294):

Diz-se que, já ciente de que o quantum indenizatório terá como beneficiário direto um fundo público, ou uma entidade beneficente, e, como afetação final, a reconstituição dos bens jurídicos lesados pela atuação ilícita, o juiz, ao mensurar a sanção, não mais cogitará se está, ou não enriquecendo a vítima em demasia [...]

Por fim, essa solução também se revela mais adequada em razão das características específicas das condutas ilícitas que dão ensejo à incidência da indenização punitiva. Como já demonstrado, são condutas que ultrapassam a esfera individual do demandante, dando ensejo a prejuízos a toda coletividade, pois reduzem a qualidade de vida das pessoas que a integram. Dessa forma, nada mais justo que, se a obrigação de indenizar nasceu do dano à coletividade, que a quantia equivalente seja revertida a toda sociedade e não apenas ao demandante.

Ao assim proceder, a uma só vez, a indenização punitiva cumpriria, de forma eficaz as finalidades de punição e prevenção, e também permitiria a recomposição do patrimônio social lesado.

Dessa forma, parece mais adequado que o valor da indenização punitiva seja destinada a um fundo público, pois permite, até certo ponto, a compensação da sociedade pelo dano, além de impedir o enriquecimento ilícito do demandante.

Ressalte-se, por fim, a possibilidade de os valores da indenização punitiva serem distribuídos para o demandante e um fundo público. O montante destinado ao lesado compensaria a vítima por atuar judicialmente também em defesa dos direitos e interesses da coletividade e, a parcela da indenização destinado ao fundo, possibilitaria a recomposição do dano sofrido pela sociedade e impediria o enriquecimento ilícito do lesado.

Assim, sem pretender esgotar o tema, antes que a indenização punitiva seja adotada pelo ordenamento brasileiro, é necessário superar os desafios de ordem processual, bem como sanar as dificuldades acima apontadas, de forma que haja coesão jurisprudencial no arbitramento dos valores devidos e na destinação dada a tais quantias.

³³ Nos tópicos 2 e 2.3, vimos que o Superior Tribunal de Justiça admite critérios punitivos para aferição do montante indenizatório. No entanto, no item 2.6, verificou-se que o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito é um impeditivo para que as quantias indenizatórias extrapolem o caráter meramente reparatório. Vive-se, portanto, uma dicotomia, em que a função punitiva é admitida apenas em tese.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem como uma de suas principais características a mutabilidade, com intuito de exercer, de forma eficaz, a proteção de interesses e bens caros à sociedade. Assim, como não poderia deixar de ser, desde o advento do Código Civil francês, a responsabilidade sofre com o fenômeno chamado por SCHREIBER (2007) de erosão de filtros da reparação, em que os paradigmas tradicionais da responsabilidade são diluídos a fim de dar respostas às novas demandas sociais.

Cite-se, em linhas gerais, a teoria do risco e a socialização dos riscos que relativizaram a responsabilidade individual e fundada na culpa. Por outro lado, o paradigma reparatório continua exercendo enorme influência em parcela da doutrina e jurisprudência pátria, que temem a possibilidade de enriquecimento ilícito do demandante, o incentivo a demandas frívolas, dentre outras oposições trazidas no segundo capítulo.

Contudo, o surgimento de novos interesses passíveis de tutela pela responsabilidade civil, tais quais os interesses extrapatrimoniais e coletivos, induz que a responsabilidade passe a exercer outras funções, além da meramente reparatória, uma vez que os danos a tais interesses são de difícil, se não impossível, reparação. Assim, torna-se mais relevante à responsabilidade civil prevenir novos danos do que simplesmente repará-los quando necessário.

Conforme demonstrado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já admite as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil quando utiliza critérios como a gravidade do dano, o grau de culpa e a capacidade econômica do ofensor para arbitrar os valores das condenações. No entanto, a forma como isso vem sendo feito, em que não é dado ao ofensor saber em que medida está sendo apenado e em que medida está apenas compensando os prejuízos por ele causados, esvazia as funções de prevenção e punição almejadas. Ademais, essa prática também deve ser rechaçada, pois, conforme ressaltado no tópico 2.3, os requisitos para aferição da responsabilidade objetiva e para aplicação da indenização punitiva são distintos e devem ser analisados separadamente.

Diante desse cenário, é necessário pensar em novas formas e instrumentos aptos a exercer uma função preventiva e punitiva e, nesse âmbito, não se pode descartar a possibilidade de adoção de uma indenização de caráter punitivo, em moldes semelhantes ao *punitive damages* do ordenamento americano que, naquele país, exercem, a uma só vez, tais funções.

Dentre as principais objeções doutrinárias à adoção de uma indenização de caráter punitivo, merece destaque a crítica abordada no tópico 2.5, a respeito da necessidade de prévia cominação legal, pois acreditamos que não há uma previsão normativa que possa ser utilizada como fundamento legal para a utilização da indenização punitiva de maneira ampla.

Por fim, foram trazidos alguns precedentes inovadores, em que houve condenação de indenização punitiva, semelhante aos *punitive damages*. Tais decisões tornam ainda mais latente a insuficiência do caráter meramente reparatório da responsabilidade civil, pois em todos os casos analisados, casos TIM e AMIL, as rés já haviam sido condenadas pela mesma conduta em outras ações e, ainda assim, continuavam atuando de forma ilícita.

Contudo, conforme demonstrado, apesar de louvável a postura próativa dos magistrados, é certo que ainda há alguns aspectos controvertidos que devem ser sanados para que a indenização punitiva possa ser adotada no ordenamento brasileiro. Devem ser rechaçadas as decisões *ultra petitas*, pois violam o princípio da ampla defesa, e, no tocante à indenização punitiva por dano social, a questão pertinente à legitimidade ativa deve ser mais bem analisada.

Finalmente, a conclusão a que se chega é que a responsabilidade civil vive em constante processo de transformação e que, atualmente, um dos seus maiores desafios é o de adotar formas mais eficientes de tutelar os interesses coletivos e extrapatrimoniais. Nesse âmbito, não se pode descartar a adoção de uma indenização de cunho punitivo, que permita à responsabilidade civil exercer, a uma só vez, as funções de prevenção de punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.
- ANTUNES, Henrique Sousa. **Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as conseqüências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimidade pelo dano.** Coimbra: Coimbra Editora: 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 8 ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na Responsabilidade Civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos.** Brasília: Brasília Jurídica: 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos.** Revista da Faculdade de São Paulo, janeiro-dezembro de 1984: 282-307.
- JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor.** Revista do Direito do Consumidor, janeiro-março de 1996: 97-145.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, julho/setembro de 2004: 211-218.
- _____. **Influência do direito francês sobre o direito brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de São Paulo, 1994: 183-194.
- LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil.** Coimbra: Coimbra Editora: 2006.
- MEURKENS, Lotte (Ed.); NORDIN, Emily (Ed.). **The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for thought, in Punitive Damages: is Europe Missing Out?.** Cambridge: Intersentia, 2012.
- MORAES, Maria Celina. Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.** Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, abril-junho de 2004: 45-78.

_____. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. 1, 1991. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em 12.12.2013.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. **A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava.** Revista da Escola Paulista da Magistratura, julho/dezembro de 2006: 13-22.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral. Prevención. Reparación. Punición: El daño moral en las diversas ramas del Derecho.** Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2007.

SEBOK, Anthony J., **Punitive Damages: From Myth to Theory.** Iowa Law Review, Vol. 92, 2007; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 59; Princeton Law e Public Affairs Working Paper No. 06-015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=894380>

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva,** Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

VENTURI, Elton. **Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos.** Revista do Direito do Consumidor, julho-setembro de 1995: 79-97.