

FUNÇÃO PUNITIVA DOS DANOS MORAIS: A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE E PORTUGUESA E A REALIDADE BRASILEIRA NOS 15 ANOS DO CCB*

Marcelo Matos Amaro da Silveira¹

Resumo: O presente trabalho procura refletir sobre a função punitiva da responsabilidade civil, utilizando a técnica do direito comparado para tanto. O que se procura responder é se efetivamente é possível falar sobre uma função punitiva dos danos morais tanto falada no direito brasileiro nos últimos tempos. Para tanto se buscará analisar a experiência de dois ordenamentos jurídicos que já possuem certa tradição na produção dogmática e jurisprudencial sobre o assunto. Inicialmente, a partir da apreciação dos *punitives damages* irá ser verificado como tem sido desenvolvido o assunto no direito estadunidense. Em um segundo momento será apreciada a experiência que o direito português pode trazer sobre a questão, principalmente considerando a relação entre a construção doutrinária e a prática jurisprudencial. Ao final, considerando as duas experiências, será evidenciada, de forma crítica, a forma com que a questão tem sido tratada no direito brasileiro.

Palavras-Chave: Função Punitiva; *Punitive Damages*; Danos Morais.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Experiência Estadunidense: Os Punitive Damages; 2.1. Noção Geral; 2.2. Da Origem e Evolução

* O presente trabalho consiste na parte escrita e mais desenvolvida da comunicação com o mesmo tema apresentada pelo autor no III Congresso Mineiro de Direito Civil, cujo tema era “OS 15 ANOS DO CÓDIGO CIVIL (2002 - 2017)”.

¹ Especialista e Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

Histórica; 2.3. Panorama Atual de Aplicação; 2.4. Das Funções; 3. A Função Punitiva no Direito Português; 3.1. Breve Panorama Histórico; 3.2. A Relevância Do Grau Da Culpa Como Manifestação Da Função Punitiva; 3.3. A Função Punitiva Dos Danos Não Patrimoniais; 4. A Função Punitiva no Direito Brasileiro; 4.1. Panorama Geral; 4.2. As Manifestações Punitivas No Direito Brasileiro; 4.3. Função Punitiva Do Dano Moral; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO



Um dos assuntos que mais se discute no âmbito da responsabilidade civil no Direito Brasileiro é a sua eventual função punitiva. Tal assunto ganha ainda mais relevância relativamente aos danos morais, que muitas vezes são atribuídos pelos julgadores considerando a vertente punitiva ou pedagógica.

O objetivo do presente trabalho é analisar essa dita função punitiva dos danos morais a partir da análise de algumas experiências estrangeiras. O que se busca é verificar se existe a possibilidade de aplicação da figura, questionando se a figura é compatível com as regras de responsabilidade civil nesses países ou seria na verdade algo totalmente estranho e alheio.

Através da análise comparativa das experiências da função punitiva da responsabilidade civil nos Estados Unidos da América e em Portugal se buscará perspectivar como o assunto tem sido desenvolvido no Brasil nos últimos anos. Será que o desenvolvimento desta função no direito brasileiro tem sido mais influenciado pelo direito da common law ou vem sendo baseada na realidade lusófona? Estas e outras questões deverão ser respondidas no trabalho que aqui se apresenta.

Para tanto inicialmente cabe apresentar a experiência estadunidense relativamente à função punitiva da responsabilidade civil, através da apresentação uma breve noção sobre a figura

dos *punitive Damages*. Posteriormente será analisada como a questão tem sido tratada no direito português. Para tanto será esmiuçada a abordagem doutrinária, bem como avaliada a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português sobre o assunto.

Por fim se buscará perspectivar como o assunto tem sido desenvolvido no Brasil nos últimos anos, também considerando o tratamento doutrinário e a abordagem jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Será que o desenvolvimento desta função no direito brasileiro tem sido mais influenciado pelo direito da *common law* ou a realidade portuguesa ainda é capaz de influenciá-lo? Estas e outras questões deverão ser respondidas no trabalho que aqui se apresenta.

2. A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE: OS PUNITIVE DAMAGES

2.1. NOÇÃO GERAL

Quando se fala em função punitiva da responsabilidade civil é impossível não pensar logo numa figura típica da *common law* largamente utilizada no direito anglo-americano, os *punitive damages*. Trata-se de figura do direito anglo-saxônico com ampla aplicação no campo do *tort law* (responsabilidade civil). Por ser uma figura que surgiu e se desenvolveu nos países de *common law* possui diversos aspectos próprios daquele sistema jurídico, mas é possível verificar que tem cada vez mais ganhado a atenção dos estudiosos dos países da *civil law*, como por exemplo Portugal e o Brasil.

Também conhecido como *exemplary damages* (denominação preferida no direito inglês), é comumente definido como um valor pecuniário atribuído ao autor de uma ação civil, em adição ao valor da indenização, quando se verificar que o réu lesante atuou com malícia, dolo ou grave negligência. Cabe

notar que a atribuição dos *punitive damages* é normalmente feita pelo júri², uma característica que é própria do direito anglo-saxônico. Trata-se de uma condenação em um valor pecuniário que vai além dos chamados *compensatory damages*, não se confundindo, portanto, com a indenização, cuja função é reparar ou compensar o lesado pelos danos sofridos³. Também são diversos os chamados *aggravated damages*⁴, que são condenações pecuniárias superiores aos danos efetivamente sofridos, mas que possuem um cariz compensatório, sendo um “plus” à indenização⁵.

Desta forma é possível verificar que os *punitive damages* são uma espécie de *damages* diferente daqueles que normalmente se verifica na *tort law*, já que não possuem função compensatória. Além disso é uma figura excepcional e restrita a casos específicos, relacionados a determinadas condutas e atos ilícitos, como será verificado mais adiante.

Os *punitive damages*, importante salientar, muitas vezes são traduzidos de forma insuficiente, contraditória ou mesmo errônea para a língua portuguesa. Em Portugal, por exemplo, principalmente por influência de JÚLIO GOMES⁶, usualmente a figura é traduzida para “danos punitivos”⁷. Diferentemente, no Brasil, tem se verificado que mais usualmente a tradução

² OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 364.

³ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos. p. 1030;

⁴ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? Revista de Direito e Economia. Separata: 1989, p. 108; e OGUS, A. I. The Law of Damages, p. 29; ainda que o autor (p. 34) destaque que a diferenciação das figuras é mais teórica do que prática.

⁵ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1081-1082.

⁶ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, p. 106. Conforme identificado por LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, nota 1061, p. 377.

⁷ Tradução utilizada por exemplo, nos trabalhos específicos sobre o tema de GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil; e LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos.

utilizada é “indenização punitiva”⁸.

Porém ambas as traduções não parecem ser corretas. A primeira uma vez que o dano é o efeito verificado de uma conduta ilícita e lesiva, é a supressão ou diminuição de uma situação favorável⁹, não sendo esse prejuízo (dano) em si punitivo¹⁰. A segunda tradução também não é ideal, pois é contraditória, já que indenizar é, nas palavras de ANTUNES VARELA “sempre reparar, mediante compensação adequada, o prejuízo sofrido por outrem”¹¹, ou seja, a indenização é a retirada do dano cometido pelo lesante, não podendo ao mesmo tempo ser uma punição¹². No presente trabalho, portanto, será utilizada sempre a expressão em língua inglesa, pois a denominação original não levanta discussões ou críticas mais problemáticas.

2.2. DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme já explicitado os *punitive damages* são uma figura do direito anglo-saxônico, tendo surgido na Inglaterra no final do século XVIII. Mesmo que se possa argumentar que o direito inglês desde meados do século XII conhecesse figuras semelhantes, como os múltiplos indenizatórios, chamados de *double* ou *treble damages*¹³, foi efetivamente em dois casos de

⁸ Como pode se verificar, por exemplo, em: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva; e MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro); essa também a tradução utilizada em Portugal por MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 2014, nota 1525, p. 651-655

⁹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII, p. 511.

¹⁰ Nesse sentido LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 378; que parece ter mudado de opinião em relação à tradução anteriormente utilizada (cit. 10).

¹¹ VARELA, Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. I, 9a Edição. Coimbra: Almedina: 1996, p. 905.

¹² Estes também é o entendimento de LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 377.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 18; e OWEN, David G.

1763 que pela primeira vez a figura foi utilizada, sendo originalmente denominada de *exemplary damages*.

Ambos os casos (*Wilkes v Wood* e *Huckle v Money*) se referiam a condutas abusivas de autoridades públicas, que a mando do rei George III, invadiram a casa dos autores das demandas (*Wilkes* e *Huckle*) com ordem de detenção e apreensão de documentos, já que os dois trabalhavam no jornal *North Briton*, que havia publicado graves críticas ao monarca. A falta de um mandato de detenção, que redundou na violação da casa e, conseqüentemente, da liberdade dos ofendidos, foi considerada uma ofensa extremamente grave. Entendeu-se que essa grave conduta era motivo suficiente para que os agentes fossem condenados em montantes propositalmente maiores que os danos sofridos (aproximadamente 1000 libras esterlinas no primeiro caso e 300 no segundo), como forma de punir os agentes e evitar a repetição dos fatos¹⁴.

Os *exemplary damages* surgem na Inglaterra, portanto, como pilares da proteção a integridade e liberdade do indivíduo¹⁵. Eram uma forma de punir e dissuadir a ocorrência de abusos de poder derivados da situação social, profissional ou econômica dos agentes, bem como de coação física ou moral, já que se tratavam de condutas que violavam os padrões morais da sociedade daquela época.

Influenciado pelo direito inglês, não tardou para que a figura também começasse a ser aplicada nos EUA, sendo que o primeiro caso identificado foi *Genay v Norris* de 1784¹⁶. Reconhecido à época pelo tribunal californiano como *vindictive*

A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 368.

¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva, p. 179. ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as conseqüências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 86-87.

¹⁵ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 166.

¹⁶ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 169; e OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 369.

damages, eles foram atribuídos em razão do comportamento malicioso de um médico, que colocou uma droga no copo de uma outra pessoa, causando fortes dores¹⁷. Em um outro caso, *Corryell v Colbaugh* de 1791, o réu foi condenado ao pagamento de *punitive damages* por ter quebrado uma promessa de casamento mesmo após ter engravidado a noiva¹⁸.

O século XIX viu a aplicação dos *punitive damages*, principalmente no direito estadunidense, ser alargada para outros casos, buscando a punição e prevenção de condutas dolosas, como evidenciado no caso *Graham v Roder* de 1848¹⁹. Com o decorrer do tempo também passaram a ser punidas condutas grosseiramente negligentes²⁰, principalmente aquelas envolvendo acidentes em ferrovias, como no caso *Goddard v Grand Trunk Railway of Canada* de 1869²¹.

Conforme aponta SOUSA ANTUNES, nesta época a figura também era, por diversas vezes, utilizada como uma forma de compensação de danos não patrimoniais, sendo paradigmática a decisão no caso *Day v Woodworth* de 1851, em que a Suprema Corte não só consagrou a possibilidade a aplicação da figura, mas também definiu que a função da figura não era compensatória²². Nesse sentido a função punitiva e preventiva dos *punitive damages* passaram a ficar mais em evidência e prevalecer nas decisões judiciais, que mesmo eventualmente utilizando

¹⁷ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 89-91.

¹⁸ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 169.

¹⁹ LOURENÇO, Paula Meira. A Indemnização Punitiva e os Critérios para a Sua Determinação, p. 3.

²⁰ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 170-171.

²¹ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 101.

²² ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 92-99.

a figura para suprir a lacuna da reparação dos danos não patrimoniais, sublinhavam que não era essa a sua função primordial²³.

Enquanto a aplicação da figura nos EUA continuava a crescer, chegando no século XX como um importante instrumento de controle de comportamentos ultrajantes, no seu local de origem, a Inglaterra, os *exemplary damages* passaram a ser veementemente criticados²⁴. Foi devido a este contexto que, em 1964, no paradigmático caso *Rooks v Barnard*²⁵, a *House of Lords*, decidiu limitar o âmbito de aplicação dos *exemplary damages* na Inglaterra, estabelecendo três categorias em que estes poderiam ser atribuídos²⁶. Nesta mesma decisão foi estabelecida uma distinção entre os *exemplary* e os *aggravated damages*²⁷. A partir da referida decisão a figura somente passou a poder ser atribuída quando: (1) houver uma conduta abusiva por parte de um oficial ou funcionário público que violar direitos do cidadão; (2) o agente realizar o ato ilícito por ter calculado que o lucro obtido será maior que o valor da condenação por este ato, atuando com estrita racionalidade econômica; (3) houver uma norma ou estatuto que autorize a aplicação²⁸.

Esse âmbito restrito e limitado de aplicação dos *punitive damages* que foi instituído na Inglaterra acabou não

²³ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p.101-102.

²⁴ OGUS, A. I. *The Law of Damages*, p. 29.

²⁵ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 167. O caso gira em torno de um funcionário da *British Airways* que foi demitido pela empresa, por pressão do sindicato dos trabalhadores, após ter retirado a sua inscrição da referida representação de classe (nota 475).

²⁶ MCGREGOR, Harvey. *The Common Law Library*, vol. 9: *McGregor on Damages*, 14a Edição. Londres: Sweet & Maxwell, 1980, p. 229-237; e ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 168.

²⁷ LOURENÇO, Paula Meira. *Os Danos Punitivos*, p. 1032.

²⁸ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 167-168; OGUS, A. I. *The Law of Damages*, p. 30; e ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 168.

influenciando muitos os outros países da *common law*, não sendo aceito, por exemplo, na Austrália e no Canadá²⁹. Muito menos foi aceito nos EUA, que diferentemente do que ocorreu na Inglaterra, viram o âmbito aplicação da figura, bem como a quantidade de atribuições e o valor das condenações, crescer consideravelmente no século XX, principalmente nas décadas de 1970 e 1980³⁰. Essa expansão dos *punitive damages* em território estadunidense ocorreu quando se passou a atribuir quantias punitivas em razão da responsabilidade civil objetiva dos produtores³¹ por defeitos e lesões sofridas pelos consumidores³².

Os *punitive damages* passaram a ser atribuídos quando ficasse evidente que o produtor agiu de forma negligente ou indiferente em relação aos padrões de qualidade e segurança de seus produtos. MEIRA LOURENÇO, ao citar o jurista italiano PONZANELLI, identifica cinco situações em que a figura passou a ser atribuída em caso de danos envolvendo relações consumeristas:

- “a) condutas comerciais fraudulentas;
- b) violação de normas legais relativas à segurança dos produtos;
- c) inadequada verificação ou controlo de qualidade do produto;
- d) desrespeito pelo dever de aviso acerca dos perigos da utilização do produto;
- e) incumprimento da obrigação de eliminar os defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo depois do produto estar em circulação³³.”

²⁹ OGUS, A. I. *The Law of Damages*, p. 31.

³⁰ OWEN, David G. *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, p. 371.

³¹ Sobre a responsabilidade objetiva dos produtores nos EUA ver: SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 439-444.

³² Além dos casos abaixo citados ver: GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil, p. 172-174; LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1041-1042; e MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 19-20.

³³ LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p. 172-175.

Dentre as situações acima apontadas, particularmente destacada é a última, principalmente se levarmos em conta dois casos que ficaram bastante em evidência envolvendo a montadora automotiva FORD. No primeiro caso, talvez o mais famoso envolvendo os *punitive damages* nos EUA, *Grimshaw v Ford Motor Co.* de 1981, conhecido como Caso Ford Pinto, a empresa foi condenada pelo tribunal californiano ao pagamento de US\$ 125 milhões (cento e vinte e cinco milhões de dólares americanos)³⁴. Trata-se de uma situação em que ficou patente a indiferença da empresa em relação à segurança de seus consumidores. Mesmo sabendo que o automóvel não oferecia a segurança necessária, e que era preciso mudar o tanque de gasolina de lugar, a empresa preferiu manter o carro da forma que estava, já que não queria alterar o seu design. Essa atitude colocou em risco a vida de vários consumidores, e foi considerada como ultrajante pelo júri.

Posteriormente a figura também passou a ser atribuída em relações pré-contratuais e eventualmente em algumas relações contratuais³⁵. Dentre estas situações vale a pena destacar o caso *Middler v Ford Motor Co.*, que incrivelmente, mais uma vez envolveu a empresa automotiva FORD. Nesse caso, a empresa, após negociações frustradas com a cantora e atriz BETTIE MIDLER para que esta participasse de um comercial da marca, utilizou uma outra cantora para imitar a voz da consagrada figura, ludibriando os consumidores e violando os direitos de personalidade da lesada³⁶. A FORD acabou sendo condenada a pagar uma considerável quantia a título de *punitive damages*. Esse tipo de conduta é conhecido nos EUA como *contractual by-pass*,

³⁴ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 175-177. No caso em questão, após um acidente, o motor do automóvel FORD PINTO explodiu, matando o condutor e os passageiros.

³⁵ Como destaca LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 181-184.

³⁶ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 179-181.

ou curto-circuito do contrato (em tradução livre), e entendeu-se por bem puni-la, como forma de demonstrar que o ato ilícito, mesmo que seja lucrativo, não compensa.

É possível verificar, portanto, que, apesar de ter surgido na Inglaterra, foi nos EUA que os *punitive damages* se desenvolveram de forma a tornar a figura tão debatida e estudada não só no país como em todo mundo. Compete agora verificar como a evolução histórica da figura contribuiu para a atual aplicação do instituto.

2.2. PANORAMA ATUAL DE APLICAÇÃO

A aplicação nos dias atuais nos EUA merece atenção já que os *punitive damages* são utilizados em 46 (quarenta e cinco) dos 50 (cinquenta), inclusive existindo previsão nas legislações de alguns destes estados³⁷. Porém nem tudo são flores em relação à utilização da figura. Juntamente com o considerável aumento das condenações envolvendo a figura, crescem também as dúvidas e críticas sobre sua eficácia e até sua constitucionalidade³⁸. Essa discussão chegou à suprema corte norte-americana, que desde meados da década de 1990³⁹ tem sido chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade da figura em diversos casos envolvendo os *punitive damages*.

Dentre os casos é possível destacar: *BMW of North America Inc. v Gore* de 1996⁴⁰, *State Farm Mutual Automobile*

³⁷ OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 366-367.

³⁸ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, p. 110-111; e OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 373.

³⁹ Para um panorama de algumas decisões sobre a figura no final da década de 1980 e início da década de 1990: MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 19-20.

⁴⁰ Nesse caso paradigmático a suprema corte estabeleceu três critérios para se condenar um ofensor em *punitive damages*, sem ferir a constituição, quais sejam: (1) o grau de reprovabilidade da conduta do agente; (2) a relação de proporcionalidade entre o

Insurance Co. v Campbell de 2003, *Phillip Morris USA v Willians* de 2007 e *Caso Baker* de 2008. Em todas as decisões é possível verificar uma preocupação da Suprema Corte dos EUA em estabelecer parâmetros na atribuição, pelos juristas e julgadores, dos *punitives damages*.

Mesmo com seu inegável sucesso como forma de controle dos atos ilícitos e moralização dos agentes econômicos existem fortes dúvidas e severas críticas quanto a sua aplicação⁴¹. Isto fica demonstrado na preocupação da Suprema Corte dos EUA em estabelecer parâmetros na atribuição, pelos juristas e julgadores, dos *punitives damages*. A figura tem sido cada vez mais criticada pelos estudiosos estadunidenses. É considerada, por muitos, como estranha e alheia ao direito⁴².

Nesse sentido é importante o trabalho do professor OWEN⁴³ que identifica entre as principais críticas: a falta de garantias do processo penal, a ineficiência das punições quando abarcadas por seguros, o *windfall*, o problema das lesões em massa, entre outros. Ainda assim, o autor norte-americano defende a validade da figura e ressalta que, mesmo que haja muito barulho contra sua aplicação, a quantidade de condenações não é tão considerável quanto parece.

Dentre os problemas verificados na aplicação dos *punitive damages*, o *windfall*, parece ser o principal. É fundamental afastar a ideia que a utilização da figura é maléfica pois cria

valor dos danos efetivamente causados e montante punitivo; e (3) a adequação o valor da condenação e os valores de sanções de outra natureza para comportamentos similares (ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 121-122)

⁴¹ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 191-192.

⁴² Conforme nos mostram, entre outros: LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 191-192; OWEN, David G. The Moral Foundations of Punitive Damages, p. 705;

⁴³ OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 382-400. Cabe ressaltar que os desafios para a aplicação dos *punitive damages* serão melhor analisados no ponto 4.2 do presente trabalho.

situações de injustiça e locupletamento. Há, porém, uma corrente que vem crescendo nos EUA, que defende que haja uma repartição do valor dentre o autor da demanda e o estado ou uma instituição, solução particularmente celebrada por NELSON ROSENVALD⁴⁴. Esta solução, conhecida como *split-recovery schemes* já vem sendo utilizada em pelo menos 8 (oito) estados americanos⁴⁵, e é defendida pela *American Bar Association* desde o final da década de 1980⁴⁶. Para o professor OWEN, trata-se de uma proposta interessante, defendendo que quando o valor ultrapassar os propósitos inerentes à figura, o excesso deve ir para o estado, para financiar políticas de reforço do cumprimento de leis ou para amenizar os problemas sociais causados⁴⁷.

Certo é que os *punitive damages* continuam sendo um importante instrumento de punição e prevenção no âmbito da *tort law*. As críticas dirigidas à figura muitas vezes acabam sendo contornadas pela jurisprudência dos tribunais nos EUA, ou acabam servindo para auxiliar no desenvolvimento e aprimoramento de sua aplicação.

2.3. DAS FUNÇÕES

Quando se fala em *punitive damages* a primeira finalidade que logo aparece é a punitiva, sendo inegável que esta é uma de suas principais funções. De forma sintética NELSON ROSENVALD identifica que “os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária”⁴⁸. Foi

⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 226-227.

⁴⁵ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 143.

⁴⁶ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1084.

⁴⁷ OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 393.

⁴⁸ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 169.

exatamente com esse condão que a figura nasceu na Inglaterra do século XVIII. E de certa forma foi com essa motivação punitiva que ela se desenvolveu ao longo dos últimos dois séculos.

Diferente da sanção normal da responsabilidade civil, que é a indenização, que se preocupa com os danos causados, esta sanção punitiva se preocupa com a conduta do agente, servindo com sanção negativa de comportamentos que merecem especial reprovação. Existe a necessidade de atribuição desta quantia para alguns membros da sociedade que não se sentem intimidado pelas regras normais de responsabilidade civil⁴⁹. Esta é a forma com que a figura é utilizada pelo júri ou pelo julgador. Não se olha para a extensão e medida dos prejuízos sofridos pelo lesado, e sim para a gravidade da conduta do lesante⁵⁰. Destarte os *punitive damages* não são um direito subjetivo do lesado, havendo, na verdade, uma permissão para que o júri ou julgador atribua a quantia punitiva quando entender por bem punir a conduta do agente⁵¹.

A figura é uma verdadeira sanção punitiva civil, constituindo uma pena que sanciona o comportamento ilícito e altamente reprovável do lesante⁵². OWEN bem sublinha que os *punitive damages* servem para controlar comportamentos quase-criminais, punindo as condutas que estejam na fronteira entre o direito civil e o direito penal, mas ainda no âmbito privado⁵³.

Juntamente com a função punitiva, no que é muitas vezes identificado como o outro lado de uma mesma moeda, está a

⁴⁹ OWEN, David G. The Moral Foundations of Punitive Damages. In: Alabama Law Review, vol. 40, 1989, p. 715.

⁵⁰ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1075.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 19.

⁵² ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 348-412; ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 58; e LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1076.

⁵³ OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, p. 363-364.

função preventiva⁵⁴. Os *punitive damages*, ao mesmo tempo que são atribuídos para punir a conduta ilícita de uma pessoa, também agem como mecanismo de prevenção, alertando o próprio agente, bem como toda a sociedade, que comportamentos semelhantes não serão tolerados⁵⁵. Tal função, para NESLON ROSENVALD, acaba sendo a primordial, à medida que existe uma “intensa preocupação em ameaçar (em um primeiro momento) e punir (em um segundo)”⁵⁶.

Sem entrar no mérito sobre qual das duas funções é a principal, parece fácil verificar que ambas as funções dos *punitive damages* são complementares. A medida em que se pune o lesante, se exerce uma prevenção, tanto especial (para o próprio lesante), quanto geral (para todas as pessoas da sociedade)⁵⁷. Assim fica não só demonstrado para o ofensor que sua conduta não é tolerada na sociedade e que caso essa se repita ele será novamente punido, mas também fica sinalizada para todos os agentes desta sociedade, que condutas similares serão punidas. Com isso tanto o lesado quanto terceiros irão tomar uma maior precaução de forma a evitar que este tipo de dano seja novamente produzido.

Sendo inegável que aqueles que desempenham atividades perigosas e potencialmente danosas são indispensáveis para o desenvolvimento econômico, mas devem responder pelas consequências de suas atividades⁵⁸ a figura atua como uma forma de evitar que tais atividades passem impunes quando o comportamento do ofensor seja consideravelmente reprovável. Neste sentido, mesmo existindo algumas críticas⁵⁹, parece ser bastante

⁵⁴ GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, p. 106.

⁵⁵ OWEN, David G. The Moral Foundations of Punitive Damages, 714.

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 173.

⁵⁷ LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos, p. 1028.

⁵⁸ ATAÍDE, Rui Paulo de Mascarenhas. Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30.

⁵⁹ Como por exemplo em: GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a

importante a aplicação da figura nos casos de responsabilidade civil objetiva, principalmente quando a conduta for particularmente grave⁶⁰.

Apesar de bastante polémica, tal aplicação se justifica, principalmente pela atual conjuntura de impotência da imputação, principalmente pelo risco, em relação à função preventiva da responsabilidade civil⁶¹. Por independer de culpa, a responsabilidade objetiva acaba fazendo com que os agentes não tomem medidas de controle da qualidade e segurança de suas atividades, muitas vezes causando danos graves, o que não deve acontecer⁶². A atribuição de *punitive damages*, neste contexto, é particularmente interessante, como forma de desestimular que certas condutas sejam praticadas⁶³. Porém, é necessário sublinhar que não será qualquer ato ilícito cometido por aquele que possua uma responsabilidade objetiva que será punido, mas somente os delitos cometidos em decorrência de condutas com culpa grave ou dolo.

Os *punitive damages*, desta forma, atuam como um instrumento de prevenção da produção de danos. E caso esta prevenção não seja satisfatória, a outra faceta da figura irá aparecer, sendo verificada a punição do agente lesivo. As duas funções, punitiva e preventiva, andam juntas na figura, motivo pelo qual os *punitive damages* são uma figura tão particular e importante

responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, p. 115; e MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 21;

⁶⁰ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, nota 1525, p. 651-655.

⁶¹ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, nota 1536, p. 659-663; e PROENÇA, José Carlos Brandão. A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997, p. 128-129.

⁶² Uma vez que, conforme entendimento de CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2014, p. 422; “a presença de imputações objetivas não é valorativamente neutra”.

⁶³ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 215-217.

no direito Estadunidense.

3. A FUNÇÃO PUNITIVA NO DIREITO PORTUGUÊS

3.1. BREVE PANORAMA HISTÓRICO

As discussões sobre a funções punitiva da responsabilidade civil na doutrina e jurisprudência portuguesa merecem atenção, especialmente considerando a experiência alcançada nos 50 anos de aplicação do código de 1967. O assunto, inclusive, já era debatido e estudado há bastante tempo no direito português. Resquícios de punição privada podem ser encontrados, por exemplo, nas leis visigóticas e posteriormente nas ordenações de D. Afonso II e D. Afonso III⁶⁴, evidenciando a longevidade do assunto. Durante a Idade Média, com forte influência do direito canônico no direito português, porém, a noção de punição no âmbito do direito civil começou a ser afastada, somente sendo retomada no início do último século.

Foi exatamente na viragem dos anos de 1900 e durante toda a primeira metade do século XX, no período pré-código de 1966, que vários doutrinadores portugueses passaram a indagar sobre as funções da responsabilidade civil. Importante ressaltar o minucioso estudo de MEIRA LOURENÇO, que apresenta as principais posições doutrinárias da época, realçando a defesa da função punitiva feita por alguns dos principais civilistas da época⁶⁵.

Dentre os entendimentos favoráveis à função punitiva essencial destacar o do professor VAZ SERRA, que, nos trabalhos preparatórios do código civil de 1966, mesmo defendendo o protagonismo da função reparadora da responsabilidade civil,

⁶⁴ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 152-153 e 154-155.

⁶⁵ LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 194-241.

sublinha a importância das funções punitiva e preventiva⁶⁶. Além disso, quanto aos danos não patrimoniais, o autor do código de 1966 identifica uma função de compensação e satisfação e não de indenização propriamente dita exercida pela quantia atribuída ao lesado⁶⁷, influenciado pela doutrina alemã e suíça.

Especificamente sobre as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, o autor identifica que a graduação do montante da compensação através da avaliação do grau de culpa do agente como uma manifestação punitiva e preventiva da responsabilidade civil⁶⁸. É interessante notar, portanto, que o assunto não é novo no direito português, tendo sido resgatado pela doutrina no início do último século, e consolidado nos últimos anos, principalmente com a publicação do atual código civil, possuindo 50 anos de aplicação prática.

3.2. A RELEVÂNCIA DO GRAU DA CULPA COMO MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA

Inegável o reconhecimento por grande parte da doutrina portuguesa da existência das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, geralmente sendo relacionadas com a relevância do grau de culpa para a determinação do montante indenizatório. Neste sentido, quase sempre que se fala em função punitiva, se fala nos artigos 494º, nº 2 do 497º e 570º, todos do código civil. Este é o entendimento de MENEZES LEITÃO, para quem, sempre que se falar em responsabilidade com culpa a função punitiva está presente⁶⁹. Também destacam as funções punitiva e preventiva grandes nomes do direito português, como

⁶⁶ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de Indemnização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção. In: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 83 a 84. Lisboa, 1959, p. 230-237.

⁶⁷ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de Indemnização, p. 316-318.

⁶⁸ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de Indemnização, p. 237.

⁶⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. I, p. 254.

ALMEIDA COSTA⁷⁰, ANTUNES VARELA⁷¹ e PAIS DE VASCONCELOS⁷². Em seu importante trabalho sobre o assunto, MEIRA LOURENÇO, também defende que a relevância da gradação da culpa para o cálculo do quantum indenizatório é uma importante manifestação da função punitiva da responsabilidade civil no direito português⁷³.

A autora destaca, além das normas acima citadas, que vários outros artigos do código civil português, como o 814º, n. 1, 956º e 1681º, ou atenuam ou excluem a responsabilidade do lesante que atua com “culpa leve”. Assim como para os demais doutrinadores acima citados, ela destaca a possibilidade de redução o montante da indenização devida pelo ofensor ao ofendido (art. 494º) como uma demonstração que o código civil português acolheu a punição no seio da responsabilidade civil aquiliana. Porém existem vozes que divergem desta posição.

Para o professor BRANDÃO PROENÇA, tais normas não sustentam um cariz punitivo, e sim meramente de precaução, à medida em que não há uma efetiva punição do lesante que verás, por exemplo, o valor da sua condenação pelo cometimento de um ato ilícito reduzido caso tenha agido com “culpa leve”⁷⁴. SOUSA ANTUNES também entende que a verificação da culpa do lesante para reduzir o valor da indenização não tem função punitiva, possuindo apenas a uma função de prevenção de condutas dolosas⁷⁵. Da mesma forma o autor identifica na

⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12a Edição. Coimbra: Almedina, 2009, p. 532-533.

⁷¹ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9a Edição. Coimbra: Almedina: 1996, p. 943.

⁷² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*, 8a Edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17.

⁷³ LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p. 247-267.

⁷⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 131.

⁷⁵ ANTUNES, Henrique Sousa. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, p. 25.

possibilidade de redução ou exclusão da indenização pelo concurso de culpa entre o lesado e o lesante, uma mera função preventiva, um incentivo para que o lesado não contribua para a produção do dano⁷⁶.

A razão parece estar com este segundo grupo de doutrinadores. Não se mostra totalmente correto falar em uma punição quando a indenização somente pode ser diminuída em razão da “culpa leve” do agente. Importante nessa discussão apresentar o entendimento de PINTO MONTEIRO, para quem “a indemnização – limitada que está pelo valor do dano causado – não constitui, de per se, medida idónea a dar plena guarida à finalidade preventivo-sancionatória”⁷⁷. Se a indenização limitada à extensão do dano já não é suficiente para exercer uma função punitiva, muito menos eficaz será quando a indenização ainda puder ser reduzida. Essa também é o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, que é categórico ao afirmar que “não há que atribuir à própria indemnização carácter punitivo, pois nada na lei justifica que se abandonem assim tão gravemente os princípios gerais da responsabilidade civil”⁷⁸.

Na verdade, não parece que tais manifestações são punitivas. É possível reconhecer uma eventual função preventiva, um estímulo para que as pessoas tomem cuidado e precauções, buscando mesmo quando pratiquem atos ilícitos, agir com o “mínimo” de culpa possível. Mas a redução ou exclusão da indenização em função do grau de culpa do lesado ou do lesante não podem ser identificados como verdadeira manifestação punitiva da responsabilidade civil, já que nestas situações não há nenhuma punição ao agente do ato ilícito.

⁷⁶ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 521.

⁷⁷ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, 1536, p. 659-663.

⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 624.

3.3. A FUNÇÃO PUNITIVA DOS DANOS NÃO PATRIMONIAIS

As eventuais manifestações punitivas e preventivas da responsabilidade civil no direito português não se limitam às acima mencionadas. Parcela significativa da doutrina portuguesa identifica uma manifestação punitiva quando há compensação pelos danos não patrimoniais. Sendo inegável que não se trata de uma reparação no sentido *stricto* da palavra, sendo na verdade uma compensação, se indaga se não haveria também um cariz punitivo nesse montante devido pela lesão de danos não patrimoniais.

É o artigo 496º do código civil português que prevê a compensação pela lesão de danos não patrimoniais, sendo que os critérios de determinação do montante indenizatório (arts. 496º, n. 3 e 494º) orientam que o julgador deve arbitrar equitativamente o valor da condenação, observando o grau de culpa do lesante, a situação econômica das partes e eventuais outras circunstâncias. Tais critérios fazem com que grande parte da doutrina defenda que além de compensar, a “indenização” pelos danos não patrimoniais também pune o ofensor.

Esse é o entendimento de MENEZES LEITÃO, para quem a compensação pelos danos não patrimoniais assume-se como uma espécie de pena privada⁷⁹. No mesmo sentido MEIRA LOURENÇO defende que existe uma dupla função compensatória-punitiva no regime de responsabilidade civil pelos danos não patrimoniais, que é inclusive reconhecido pela jurisprudência⁸⁰. O professor MENEZES CORDEIRO também ressalta o cariz punitivo da compensação pelos chamados “danos morais”, destacando uma inegável injunção punitiva, mas ressaltando que sua “natureza primeira não é de pena, mas a de

⁷⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 303.

⁸⁰ LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p. 285-296.

verdadeira indenização”, já que as penas são devidas ao estado e não aos particulares⁸¹. O professor de Lisboa, contudo, critica os tribunais, que mesmo reconhecendo a função punitiva dos “danos morais”, atribuem montantes muito baixos, especialmente quando há o dano da morte, apontando a “série negra” de decisões do STJ, que sustentam tal afirmação⁸².

De fato, a doutrina parece identificar um certo caráter punitivo na compensação pelos danos não patrimoniais, principalmente quando o julgador levar em conta efetivamente a conduta do lesante, ou seja, seu grau de culpa. Porém não se pode olvidar que essa punição seria apenas secundária, acessória, à função principal, que é de compensar o ofendido pelas lesões e sofrimentos de “natureza espiritual”⁸³. O que se busca fazer primeiramente é compensar e satisfazer os sofrimentos do lesado⁸⁴, e somente em segundo plano eventualmente disciplinar o lesante. Cumpre ressaltar, inclusive, que o STJ-Portugal, em decisões recentes vem destacando a função punitiva dos danos não patrimoniais⁸⁵. Ocorre, porém, que muitas vezes essa função acaba não sendo efetivamente exercida, mesmo que secundariamente, por conta dos baixos valores atribuídos.

⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII, p. 515.

⁸² CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII, p. 748-755; Aspecto também sublinhado por ANTUNES, Henrique Sousa. Nótula sobre as Penas Privadas na Responsabilidade Civil em Portugal. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, p. 133-148. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 140-141.

⁸³ ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, p. 234; e CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII, p. 513.

⁸⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição. Editada por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 129.

⁸⁵ Como nos julgados: STJ, processo 1021/11.3TBABT.E1.S1, de 21 de janeiro de 2016; STJ, processo 237/13.2TCGMR.G1.S1 de 07 de abril de 2016; e STJ, processo 1364/06.8TBBCL.G1.S2 de 16 do junho de 2016; STJ, processo 8514/12.3TBVNG.P2.S1 de 07 de dezembro de 2016; em que os valores dos *danos não patrimoniais* não ultrapassam €50.000,00 (cinquenta mil euros).

Neste sentido se verifica que não há uma proximidade entre os danos não patrimoniais do direito português com os *punitive damages* do direito Estadunidense. O segundo instituto não se preocupa com a compensação, mas sim com a efetiva punição do lesante. Não é possível, portanto, defender que haja uma verdadeira manifestação plena da função punitiva da responsabilidade civil na indenização por danos não patrimoniais do direito português. A preocupação com a punição do agente, quando eventualmente existir, é apenas secundária, e muitas vezes acaba não sendo alcançada por conta dos baixos montantes atribuído a título de compensação pelos danos não patrimoniais.

4. A FUNÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. PANORAMA GERAL

De modo diverso do que ocorre no direito português, no Brasil a discussão sobre as funções da responsabilidade civil é bastante recente, e não se encontra tão desenvolvida. Durante muito tempo a doutrina praticamente desconheceu outras funções que não a reparatória, relegando ao instituto um simples instrumento de reparação através da indenização pelos danos. Recentemente, porém, na comemoração dos 15 anos da publicação do código civil de 2002, o assunto começa a ser mais debatido, ganhando a relevância que merece.

Autores clássicos do direito civil brasileiro, ainda na vigência do código de 1916, somente reconheciam uma função reparadora da responsabilidade civil, que durante “muito tempo eclipsou as demais”⁸⁶. Para CAIO MÁRIO a única obrigação decorrente da produção de danos é a sua reparação, através da reconstituição ou entrega de um equivalente pecuniário, não

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil, vol. III – Responsabilidade Civil, 3a Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 62.

havendo nenhuma menção a qualquer outro tipo de finalidade⁸⁷. Da mesma forma, SÍLVIO RODRIGUES, identifica como princípio fundante da responsabilidade civil o da reparação dos danos, sendo o foco do estudo do instituto a necessidade de saber se o prejuízo deve ou não ser reparado pelo ofensor⁸⁸. Mesmo reconhecendo uma função sancionatória para a responsabilidade civil, MARIA HELENA DINIZ, restringe a sanção à uma natureza apenas compensatória, sem reconhecer a existência de outras funções⁸⁹.

Esse panorama, porém, começou a mudar na virada para o século XXI⁹⁰, e tomou força na atual década do presente século. Mesmo que ainda nos dias atuais grande parte da doutrina continue rechaçando uma papel punitivo-preventivo para a responsabilidade civil⁹¹, não se pode negar que se trata de um assunto que tem ganhado força nas discussões do direito civil brasileiro contemporâneo. O problema está em saber se a legislação civil brasileira comporta manifestações de punição e prevenção no âmbito da responsabilidade civil.

4.2. AS MANIFESTAÇÕES PUNITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Várias são as manifestações punitivas privadas no direito brasileiro⁹². Entre os dispositivos que impõe verdadeiras

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 370.

⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 4, 12a Edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4 e 13.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7-8.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil, vol. III – Responsabilidade Civil, 3a Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 62.

⁹¹ GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao Valor da Indenização: O Problema da Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 610.

⁹² ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 69-76.

punições para o lesante estão o art. 939 e 940 do Código Civil Brasileiro e o art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem que aquele que cobrar indevidamente uma dívida deve devolver o valor cobrado em dobro. Para CLÁUDIA LIMA MARQUES estes dispositivos configuram uma punição exemplar, que deveria ser interpretada como nos moldes dos *exemplary damages*⁹³. Porém tal afirmação parece não ser correta, uma vez que duas características da figura não são observadas, quais sejam, a indeterminação de seu valor e a necessidade de verificação de uma conduta particularmente grave por parte do agente. Ainda assim é possível afirmar que o direito civil brasileiro reconhece a função punitiva, sendo a referida sanção prevista no CDC uma inegável manifestação punitiva.

Além das referidas manifestações, ROSENVALD também identifica diversas situações em que há supressão de situações jurídicas para o lesante que agir de má fe, como no caso dos artigos 1.214, 1.216, 1.217 e 1.218 do CCB, que seriam sofrimentos para o agente parecidos com penas. Também há manifestação punitiva no direito civil brasileiro na possibilidade de revogação da doação por ingratidão do donatário (art. 555 do CC) e no instituto da sonegação de bens (art. 1.992 e 1.993). Ainda assim o autor é extremamente cuidadoso na sua análise, em nenhuma hora comparando ou confundindo tais “penas” com a figura dos *punitive damages*.

Por outro lado, ainda é possível encontrar uma certa resistência de alguns autores em relação a identificação de aspectos punitivos no direito civil brasileiro. Tal posição é fundamentada principalmente pelo disposto no art. 944, que determina que a indenização deverá se limitar à extensão do dano causado. Por estabelecer taxativamente que a indenização não pode superar o valor do prejuízo causado, o código acaba dando um duro golpe

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1054.

na possibilidade de se discutir sobre as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil. DÉBORA GRAVIOT ainda tenta compatibilizar a função punitiva dentro da indenização, mesmo reconhecendo sua limitação, mas há sérias dúvidas se uma punição efetiva pode ser alcançada desta maneira⁹⁴.

Em verdade, quanto à indenização pelos danos materiais, não parece haver qualquer dúvida. No momento em que a indenização deve ser arbitrada observando a extensão do dano, ela não alcança uma função punitiva. Uma eventual função preventiva até pode ser observada no parágrafo único do art. 944 do CCB, que autoriza a redução da indenização em razão da “culpa leve” do lesante, nos moldes do código civil português, mas nunca uma função punitiva⁹⁵. Maiores dúvidas caem sobre a possibilidade de uma manifestação punitiva através da “indenização” por danos extrapatrimoniais.

Parece que esta é a visão de uma boa parte da doutrina brasileira, conforme evidencia NELSON ROSENVALD, que, contudo, critica tal posição⁹⁶. MARTINS-COSTA e PARGLENDER também identificam a tendência da doutrina brasileira em atribuir aos danos morais uma dupla função compensatória-punitiva, ressaltando ainda que nomes clássicos do direito brasileiro, como por exemplo PONTES DE MIRANDA, por algum tempo confundiram a figura dos *punitive damages* com a do dano moral⁹⁷.

4.3. FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

⁹⁴ GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao Valor da Indenização: O Problema da Função Punitiva da Responsabilidade Civil, p. 622.

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. Redução Equitativa da Indenização. In: In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa, p. 589-597. Organização Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011, p. 590.

⁹⁶ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 207-215.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 23 e nota 101.

Se não parecem restar dúvidas sobre a inexistência de manifestação da função punitiva na indenização pelos danos materiais no direito brasileiro, pergunta-se se ela pode ser verificada quanto à compensação pelos danos morais. Uma rápida busca na jurisprudência demonstraria que sim. Em quase todas as decisões mais recentes sobre o assunto no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁹⁸, por exemplo, é possível encontrar alguma menção sobre a função punitiva da compensação pelos danos morais, que muitas vezes vem acoplada ao caráter pedagógico ou dissimulatório desta.

Nesse sentido também é possível apontar o entendimento de dois autores brasileiros, FLÁVIO TARTUCE⁹⁹ e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁰⁰, para quem a função principal da “indenização” pelo dano moral é primordialmente compensatória, mas que efetivamente há um caráter punitivo-pedagógico, que deve ser reconhecido pelo julgador com parcimônia. Além disso, esse caráter punitivo-pedagógico vem sendo sistematicamente reconhecido pelo STJ, que em diversas decisões¹⁰¹ vem destacando que essas são funções importantes da

⁹⁸ Entre outros: TJMG, processo 0040753-90.2014.8.13.0512, de 26 de outubro de 2017; TJMG, processo 0010958-70.2012.8.13.0395, de 08 de novembro de 2017; TJMG, processo 5145074-32.2016.8.13.0024, de 09 de novembro de 2017; TJMG, processo 0036490-62.2015.8.13.0194, de 09 de novembro de 2017; TJMG, processo 5002126-18.2016.8.13.0687, de 14 de novembro de 2016; TJMG, processo 0015151-54.2015.8.13.0515, de 14 de novembro de 2017; TJMG, processo 0616632-55.2014.8.13.0024, de 14 de novembro de 2017; TJMG, processo 0032251-65.2015.8.13.0145, de 16 de novembro de 2017; TJMG, processo 6089024-03.2015.8.13.0024, de 16 de novembro de 2017.

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 2, 11a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 430-432.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*, 6a Edição. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2009, p. 41-43.

¹⁰¹ Nas decisões mais recentes, cita-se: STJ, processo AgInt no AREsp 862868/CE, publicado em 23 de junho de 2016; STJ, processo AgRg no AREsp 595676/MG, publicado em 15 de junho de 2015; STJ, processo AgRg no REsp 1428488/SC, publicado em 11 de junho de 2014; e STJ, processo AgRg no AREsp 467193/RJ, publicado em 28 de março de 2014.

responsabilidade civil. Retoma-se nesse ponto o que se escreveu sobre o assunto quando da discussão da função punitiva-preventiva dos danos não patrimoniais no direito português. Não se deve rechaçar a sua validade e existência, mas o que não se pode é afirmar que uma eventual função punitiva secundária sirva base para a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, como já foi feito pelo STJ¹⁰², em decisão que deve ser analisada de forma crítica.

Conforme bem explicitam MARTINS-COSTA e PARGLENDER, uma coisa é a compensação pelos danos morais que possui uma função punitiva secundária, outra coisa é aplicação de uma verdadeira pena, como ocorre no caso dos *punitive damages*¹⁰³. Utilizar a compensação pelos danos não patrimoniais como sucedâneo para a aplicação da figura do direito anglo-saxônico pode ser perigoso já que “ao confundir a função desestimuladora e a função compensatória, na mesma e única condenação, por consequência, gera-se uma insatisfatória reparação de danos, como também uma insuficiente ou mesmo imperceptível

¹⁰² STJ, processo RESP 1120971/RJ, publicado em 20 de junho de 2012; em que os ministros decidiram que: “O *desestímulo ao escrito injurioso* em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a *fixação da indenização mais elevada*, à moda do *punitive damage* do direito anglo-americano, revivendo lembranças de suas consequências para a generalidade da comunicação de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos. Por outro lado, não se pode deixar de atentar aos fundamentos da qualidade da ofensa pessoal considerados pela douta maioria no julgamento, salientando que o recorrente, absolvido, mesmo que por motivos formais, da acusação da prática do crime de corrupção e ainda que sancionado com o julgamento político do impeachment, veio a cumprir o período legal de exclusão da atividade política e, posteriormente, eleito senador da República, chancelado pelo respeitável fato da vontade popular. Diante dessa e de outras considerações, *definiu-se o valor de R\$ 500 mil*, fixado à dosagem equitativa em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, ligadas ao fato e suas consequências, bem como à capacidade econômica dos ofensores e à pessoa do ofendido. (grifou-se)” Disponível online em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D0492&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro), p. 24.

prevenção e punição de comportamentos lesivos”¹⁰⁴. Essa advertência, na verdade, vale tanto para a discussão sobre o “dano moral” comum, como para outras espécies de “danos morais”, como o dano moral coletivo, por exemplo.

É necessário ter cuidado ao comparar os *punitive damages* com a figura do dano moral coletivo, estabelecido no Brasil pela lei nº 7.347/85, que regula a ação civil pública. Sendo inegável que a atribuição pelo julgador de uma quantia a título de dano moral coletivo não possui apenas um caráter compensatório, tendo inegáveis reflexos punitivos e preventivos¹⁰⁵, essa figura não pode ser considerada como uma espécie de *punitive damages* à brasileira. Mesmo que se identifique a figura como uma “peculiar espécie de pena civil criativamente desenhada no ordenamento brasileiro”¹⁰⁶, os seus fundamentos são diversos da figura punitiva da *common law*, existindo uma preocupação inicial com a efetiva compensação do dano.

Assim como ocorre no direito português, parece ser possível identificar a sua utilização de certa forma é um mantra para os julgadores, que não parece refletir muito sobre a questão. Essa aplicação acrítica e desenfreada acaba fazendo com que nem seja alcançada uma compensação adequada, nem seja alcançada a devida punição e prevenção do comportamento particularmente reprovável. No Brasil ela tem sido particularmente perigosa, pois tem criado a chamada “indústria do dano moral”. Verifica-se que cada vez mais quantias exageradas e desproporcionais de “indenizações” danos não patrimoniais vêm sendo atribuídas com fundamento na função pedagógica-punitiva da figura. Mas repete-se que não parece ser correto utilizar a “indenização” pelos

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil, vol. III – Responsabilidade Civil, 3a Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 384.

¹⁰⁵ TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano Moral Coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 206-216.

¹⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 229.

danos não patrimoniais como pena, e sim primordialmente como compensação.

Seja em Portugal, seja no Brasil, a visão do “dano moral” como forma “lusófona” dos *punitive damages* não deve prevalecer. Tal visão não é benéfica para o desenvolvimento da figura, prejudicando também a noção de punição e principalmente de prevenção que é tão importante para a responsabilidade civil contemporânea¹⁰⁷. Há a necessidade de um efetivo distanciamento entre a função punitiva da responsabilidade civil e a indenização pelos danos morais. Essa figura não apresenta uma verdadeira faceta punitiva, sendo no máximo possível identificar um cariz desestimulador. A indenização pelos danos morais serve efetivamente para compensar o lesado pela violação à sua moral e seus direitos de personalidade, não sendo verificada uma verdadeira punição ao lesante.

5. CONCLUSÃO

A função punitiva da responsabilidade civil existe no direito brasileiro. De forma direta isto pode ser verificado quando se analisa figuras sancionatórias cujo conteúdo é punitivo, como a repetição do indébito. Tal aspecto, porém, não parece ser efetivamente verificado quando há uma condenação pela compensação dos danos morais (ou extrapatrimoniais). Isto significa dizer que o esquema punitivo do direito civil brasileiro se assemelha muito com o do direito português, podendo inclusive ser verificada a existência de uma função punitiva lusófona.

Os *punitive damages* são uma verdadeira pena privada, cuja função é predominantemente punir o lesante, existindo também uma inegável função preventiva de danos e atos lesivos. Por outro lado, a indenização pelos “danos morais” tem uma função

¹⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil, p. 202-215. Importante notar que o autor aponta a prevenção como o principal princípio a ser levado em conta no Século XXI (p. 78-82).

primordial de compensação do lesado, somente existindo uma eventual manifestação desestimuladora da figura, que é verificada de forma secundária. A primeira figura exerce de forma plena a função punitiva. Já quanto a segunda não se verifica essa manifestação, que mesmo quando é destacada pelos tribunais, acaba sendo exercida de forma ineficaz ou errônea.

Pode-se concluir o presente trabalho, portanto, afirmando que o sistema de compensação pelos danos extrapatrimoniais no direito lusófono é baseado na função reparatória/compensatória. A índole punitiva não é verificada nestes casos sendo totalmente diversa da realidade verificada nos EUA. Isto significa dizer, em última análise, que a utilização da indenização pelos danos morais como ferramenta semelhante aos *punitive damages* no direito brasileiro é errada, merecendo críticas e censura, e não apoio, seja da doutrina, seja dos aplicadores do direito. Por outro lado, também é necessário dizer, que isto não significa que a função punitiva da responsabilidade civil seja alheia ao direito brasileiro, sendo exercida por outras figuras e através de outra dinâmica.



REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- ANTUNES, Henrique Sousa. Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ATAÍDE, Rui Paulo de Mascarenhas. Responsabilidade Civil

- por Violação de Deveres no Tráfego. Coimbra: Almedina, 2015.
- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil, vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2014.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, 12a Edição. Coimbra: Almedina, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; e BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil, vol. III, 3a Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? In: Revista de Direito e Economia, n. 15, p. 105-144. Coimbra, 1989.
- GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao Valor da Indenização: O Problema da Função Punitiva da Responsabilidade Civil. In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa, p. 610-635. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha (Org). São Paulo: Atlas, 2011.
- LOURENÇO, Paula Meira. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. Os Danos Punitivos, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol XLIII – N. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, P. 1019 a 1111.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. I, 13ª Edição. Lisboa: Almedina, 2016.
- MCGREGOR, Harvey. The Common Law Library, vol. 9: McGregor on Damages, 14a Edição. Londres: Sweet & Maxwell, 1980.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos

- Tribunais. 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). In: Revista do CEJ, n. 28, p. 15-32, Brasília, jan./mar, 2005.
- MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 2014.
- OGUS, Anthony I. The Law of Damages. Londres: Butterworths, 1973.
- OWEN, David G. A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. In: Villanova Law Review, vol. 39, n. 2, 1994, p. 363-413.
- _____. The Moral Foundations of Punitive Damages. In: Alabama Law Review, vol. 40, 1989, p. 705-739.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. III, 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição. Editada por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 4, 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ROSENVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil – 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de Indemnização (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização). Direito da Abstenção e de Remoção. In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 83 a 84. Lisboa, 1959.
- TARTUCE, Flávio. Redução Equitativa da Indenização. In:

Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa, p. 589-597. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha (Org.). São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral, 6a Edição. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2009.

TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano Moral Coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais. Teoria Geral do Direito Civil, 8a Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

VARELA, Antunes. Das Obrigações em Geral, vol. I, 10a Edição. Coimbra: Almedina: 2010.