

Sumário: 1. Responsabilidade Civil. 2. A Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002. 3. O Dano Punitivo (*Punitive Damage*). 4. Danos Punitivos no Direito Brasileiro. 5. Referências Bibliográficas.

1 - Responsabilidade civil

Uma vez que vivemos em sociedade, precisamos de regras e princípios a fim de se viabilizar a vida em sociedade. Estes princípios e regras são dados não só pela moral, pelos costumes, mas principalmente pelo direito, que possui regras cogentes direcionadas a toda a população.

Desta forma, em decorrência da vida em sociedade, muitas vezes a atuação de um cidadão interfere na vida de outro. Se a interferência for lesiva e causar algum tipo de dano a este segundo cidadão, seja ele patrimonial ou moral, cabe ao direito regular a reparação deste dano. O direito, portanto, adentra na relação entre as pessoas, visando a restabelecer o equilíbrio que foi quebrado, gerando o dano. Ou seja, havendo ação lesiva (art. 186/CC), com a ocorrência de dano, surge o direito do ofendido à reparação, já que a ordem jurídica não tolera que uma pessoa prejudique outra sem ter de reparar o dano.

A responsabilidade civil, destarte, possui como elemento principal o dano e está intimamente ligada à idéia de reparação, de ressarcimento, enfim, de reequilíbrio patrimonial da vítima, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*.

Ainda, a responsabilidade civil tem, hoje, como característica peculiar o fato de só olhar para o que já aconteceu (dano e nexos causal) e para a vítima, uma vez que não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua condição financeira ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Assim, quando da mensuração do *quantum* indenizatório, o juiz se atém apenas à extensão do dano, conforme se depreende do artigo 944 do Código Civil de 2002. Por esse ângulo, conforme entendimento de Corrêa Andrade (2009), a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera se a conduta foi grave ou não.

A teoria da responsabilidade civil, portanto, é a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado. Conforme bem assevera Washington de Barros Monteiro (2007, p. 502),

visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade.

2 - A Responsabilidade civil no Código Civil de 2002

O nosso Código Civil adota como regra a teoria subjetivista (teoria clássica da culpa) e, como exceção, a teoria objetivista.

Trocando em miúdos, a regra é que, para se estabelecer a responsabilidade civil de um agente, deve-se ater a 3 pressupostos: a culpa *lato sensu*, o dano e o nexos causal entre o dano e a atuação do agente. Ou seja, uma vez evidenciada a culpa do agente quanto ao dano, surge pra ele a obrigação de reparar o prejuízo. No entanto, se houver concorrência da culpa do autor e da culpa da vítima, a indenização há de ser reduzida proporcionalmente. E se o dano ocorrer por culpa exclusiva da vítima, exclui-se, então, a obrigação de o agente indenizar a vítima.

Não obstante a regra da teoria subjetivista, aplica-se a teoria objetivista a casos especificados em lei, bem como quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outra pessoa (art. 927, p.u., Código Civil de 2002).

Desta feita, no direito hodierno, a teoria subjetiva coexiste com a teoria objetiva, aplicada esta última, conforme bem assevera Washington de Barros Monteiro (2007, p. 516), “nas hipóteses em que a desigualdade econômica ou social entre o agente e a vítima traz a necessidade de abolir qualquer indagação sobre a subjetividade do lesante”.

Sem mais considerações acerca das teorias, tendo em vista que o foco deste estudo é outro: a responsabilidade civil no que concerne à sua eficácia, no contexto das relações sociais modernas.

Conforme ensinamento do professor Nelson Rosendal (2009), a reparação, foco da responsabilidade civil, é gênero de duas espécies: o ressarcimento e a compensação. O ressarcimento da vítima ocorre através da indenização sendo, portanto, estritamente ligado a danos materiais, vez que mensuráveis e calculados em razão do que se perdeu (danos emergentes) e do que se deixou de ganhar (lucros

1 Graduada em Direito pela UFMG.

cessantes). A compensação (ou satisfação), por outro lado, tem ligação direta com o dano moral (dano extrapatrimonial), já que visa não a um ressarcimento, vez que não há como se mensurar a dignidade de alguém, mas a uma compensação pelo abalo moral sofrido pela vítima e/ou por sua família.

Observa-se, portanto, que o sistema atual de reparação civil tem como objetivo primevo apenas a reparação do dano, apenas devolver à vítima o que lhe foi tirado, nada mais, nada menos. Este sistema, no entanto, não inibe a atuação do agente infrator, vez que este, quando condenado, não é afetado em seu patrimônio, apenas tem de devolver à vítima o que já era dela por direito.

A sanção que existe hoje no sistema de responsabilidade civil, portanto, tem caráter meramente sucessivo, já que o dano já ocorreu, ou seja, visa a restabelecer o *status quo ante*. Resta ao sistema apenas devolver à vítima o que já era dela por direito.

No entanto, este sistema de apenas restabelecer o *status quo*, não tomando medidas preventivas, não tem se mostrado eficaz, vez que não combate a atuação delituosa que leva ao dano, o que, invariavelmente, leva a uma proliferação de danos.

A sanção civil, então, para ser eficaz, deveria apresentar não só essa vertente de sucessão, nos casos em que o dano já tiver ocorrido, mas também um caráter preventivo, preocupado com a inibição de condutas lesivas semelhantes, e um caráter punitivo, voltado a penalizar o agente que, agindo de modo temerário, lesa direitos alheios.

Na tentativa de se encontrar uma solução para dar maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva e preventiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado dano punitivo (do inglês, *punitive damage*) nas decisões judiciais.

3 - O Dano punitivo (*Punitive damage*).

Modernamente moldado no sistema de *common law*, inicialmente na Inglaterra e posteriormente nos EUA, a teoria do dano punitivo (dano social, dano metaindividual ou pena privada) defende que a condenação civil, além de reparar os danos causados pelo agente à vítima, deve também dissuadir o agente de cometer atitudes lesivas semelhantes (teoria do valor do desestímulo) e puni-lo pelo comportamento anti-social.

Isso porque, conforme ensinamento de Antônio Junqueira de Azevedo (2004), saudoso professor da USP, o dano social é uma lesão não só à vítima direta do dano, mas principalmente à sociedade como um todo, no seu nível de vida.

Conforme definição do emérito desembargador do TJRJ, André Gustavo Corrêa Andrade (2009), constituem os *punitive damages* uma soma de valor variável, estabelecida em separado da indenização devida ao ofendido, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão.

Uma eventual condenação neste sentido, portanto, deverá discriminar o valor da condenação quanto a eventual dano material, quanto a eventual dano moral e também quanto ao dano punitivo. O dano punitivo abarcaria, então, as funções de punir, uma vez que atinge o patrimônio do agente infrator para além da mera reparação do dano, e de prevenir, servindo de alerta não só ao agente, mas também a toda a sociedade.

Destrinchando os conceitos, a função punitiva parte de um juízo de valor acerca da conduta do agente, não se valendo apenas da análise da extensão do dano causado. Desta feita, quanto mais reprovável for o comportamento do ofensor, maior deverá ser a indenização cominada contra ele.

A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais é do que uma aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas de reprovabilidade diversa, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça.

Por sua vez, a função preventiva busca reprimir comportamentos que não se deixam intimidar por indenizações meramente compensatórias. É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes.

Entende-se que, na realização desses propósitos de prevenir e punir, inicialmente, os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social; secundariamente, os *punitive damages* podem exercer outras funções, como a de atuar como mecanismo para proteção dos consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé.

Por fim, cito algumas situações práticas que são passíveis de terem aplicada a teoria do dano punitivo:

- Responsabilidade civil de produtores/fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos, em que o dano punitivo desempenha um papel de dissuasão principalmente quando é

economicamente mais vantajoso para o fabricante pagar indenizações compensatórias às vítimas do que consertar o defeito do produto;

- Nos casos em que apenas a indenização compensatória não é suficiente nem para impedir que o ofensor reitere a conduta ilícita, nem para eliminar a possível vantagem que o ofensor já obteve com a conduta ilícita;

- Nos casos em que se violam direitos, sobretudo os personalíssimos, das categorias que se encontram em condições de inferioridade em comparação aos interesses das grandes empresas e corporações, tais como os consumidores;

- Nos casos em que há clara subordinação, como na relação empregado-empregador, em que a parte que se encontra do lado mais fraco, muitas vezes, é submetida a situações vexatórias, humilhantes e de alto estresse, sem ter a quem recorrer, uma vez que depende do emprego para sobreviver.

4 - Danos punitivos no direito brasileiro

Não obstante sua ampla disseminação nos países sob a égide da *common law*, em países como o Brasil (*civil law*), a aplicação do dano punitivo ainda é tímida, por uma série de razões.

A mais preponderante delas é o entendimento de que cabe ao Direito Civil apenas a reparação dos danos e não a punição propriamente dita do ofensor, cabendo esta última ao Direito Penal. No entanto, uma breve observação das normas penais nos leva à conclusão de que há a aplicação da reparação de danos nas leis penais, conforme os exemplos que se seguem: é circunstância atenuante, nos termos do art. 65, inciso III, alínea *b*, do CP; é requisito para o livramento condicional (art. 83, IV, do CP); é também requisito para a reabilitação (art. 94, III, do CP); é condição para a concessão do *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP), entre outros inúmeros casos, seja no Código Penal, seja nas leis especiais.

Ora, se o Direito Penal abarca a idéia de reparação do dano, “função tipicamente cível”, por que o Direito Civil não pode também abarcar a idéia de punição do infrator que invade a esfera de outrem e lhe ofende um direito?

Além disso, convém ressaltar que o Direito Civil já se utiliza de alguns mecanismos de sanção privada, com evidente feição punitiva, como nos casos de juros moratórios, da cláusula penal (arts. 408 a 416, do Código Civil), das *astreintes* (art. 461, § 4º do CPC), entre outros.

Ou seja, parece-me que a dicotomia Direito Civil - Direito Penal mais se deve em razão de facilitar o estudo de cada ramo do direito, do que em razão da lógica de aplicação de suas normas e princípios, uma vez que há uma evidente interação entre ambos, e não uma separação intransponível. Desta feita, portanto, não deve ser a divisão dos diversos ramos do direito aceita como argumento relevante para se afastar a idéia da aplicação dos *punitive damages*.

Na verdade, este entendimento de que os ramos Direito Civil e Direito Penal são díspares e intransponíveis é a premissa a partir da qual é elaborada a teoria da responsabilidade civil tradicional.

No entanto, assim como defende Corrêa Andrade (2009), entendo que, se a premissa, o paradigma, já não responde às necessidades da população, não lhe dá mais respostas eficazes em diversas situações conflituosas nas quais, ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, talvez seja a hora de mudar de premissa.

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma mudança de paradigma, representada pela idéia de que a indenização, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional.

O que se propõe, portanto, não é o abandono da função reparadora da responsabilidade civil, mas sim sua agregação a uma outra função, a preventiva-punitiva, de forma a atender melhor às mudanças que estão ocorrendo na sociedade.

A função preventiva, profilática, volta-se para inibir a realização do dano ou sua repetição, principalmente em relação aos bens e direitos que não são satisfeitos apenas com a tutela reparatória, como os direitos de personalidade. Seu fundamento último está no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante a proteção do Estado contra qualquer ameaça a direito.

O foco da função preventiva, portanto, é evitar que o dano ocorra, evitando, assim, que se tenha de repará-lo, de forma que o direito, o bem jurídico, é mais importante do que seu valor econômico. Prevenir a ocorrência do dano é melhor tanto para o ofendido, quanto para o ofensor.

Vê-se aí uma passagem gradual de um direito civil que dava mais ênfase aos direitos patrimoniais para um direito civil mais preocupado com o ser humano e com a função social que o ordenamento jurídico e sua aplicação devem ter.

A sanção punitiva, assim, exerce função preventiva tanto individual quando geral, uma vez que dissuade o infrator de reincidir em sua atuação delituosa, mas também adverte toda a sociedade das consequências advindas do ato infrator. Desta feita, quando se impõe uma sanção pecuniária não

relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não deve se repetir.

Pois bem, a função punitiva, retributiva, por outro lado, deve ser vista como legítima resposta jurídica a determinados comportamentos ofensivos a certa categoria de bens jurídicos, em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção se mostram inaptas ou falhas. Ademais, a simples reparação do dano, muitas vezes, não constitui solução jurídica adequada, porque não atende ao sentimento médio de justiça, que clama por alguma forma de retribuição do mal suportado; é aí que, dadas as circunstâncias concretas do caso, a indenização atua como forma de sanção penal privada.

No Brasil, apesar da idéia dos *punitive damages* não ter sido abarcada explicitamente por nossas leis, é possível verificar uma leve e tímida aparição de seu ideal em um ou outro artigo do ordenamento pátrio, como no art. 53 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67):

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

No artigo supra, bem se vê a importância que o legislador deu às características não só do ofendido e do dano que sofreu, mas principalmente do ofensor, quando da mensuração da indenização devida. Ao se atentar para o fato de o ofensor já ter sido condenado anteriormente por abuso de direito e para a intensidade de sua culpa, clara fica a intenção do legislador em focar na atitude lesiva do ofensor, devendo a indenização cominada contra ele variar de acordo com sua culpabilidade e reincidência em casos similares. Evidente aí, portanto, a finalidade preventiva e punitiva que se deu à norma em questão.

Também na jurisprudência e doutrina pátrias, tímida é a aparição dos danos punitivos, porém já tem sido aplicada por alguns juízes e defendida por alguns doutrinadores, como o desembargador André Gustavo Corrêa Andrade, do Rio de Janeiro; o saudoso professor Antônio Junqueira de Azevedo, de São Paulo; Nelson Rosenvald, Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais, entre outros.

Ainda, cabe salientar que este tema foi tratado na IV Jornada de Direito Civil, em que a questão da aplicação da sanção privada foi interpretada como de ordem pública, prescindindo de provocação do juiz, conforme Enunciado 379, que diz que “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Por fim, uma questão nebulosa, no entanto, quanto ao dano punitivo, mas que deve ser enfrentada, refere-se à questão de para quem deve ser destinado o valor da indenização. Azevedo (2004) sugere a possibilidade de se destinar o valor a um fundo. Cita, então, o art. 883, p.u., do Código Civil de 2002, que trata do pagamento indevido e do destino do valor para instituição de caridade. Entendo ser uma solução razoável, uma vez que o dano punitivo não deve desvirtuar sua finalidade, a ponto de gerar enriquecimento ilícito do ofendido, às custas do ofensor.

Diante de tudo já alegado, portanto, tenho que a aplicação do dano punitivo só tende a crescer, vez que, em tempos de supremacia dos direitos de personalidade e da dignidade humana, muitos doutrinadores e aplicadores do direito tendem a rever seus paradigmas, a fim de se adaptarem às novas necessidades da sociedade.

Numa sociedade em que os direitos de personalidade são lesados dia após dia, reiteradamente, em detrimento de interesses financeiros, a sanção privada se apresenta como resposta almejada pela população, a fim de ter não só seus danos restaurados, mas também, e principalmente, a garantia de que foi dada ao ofensor pena suficiente para dissuadi-lo de repetir a conduta ofensiva. A sanção privada, portanto, é a resposta que a população hodierna almeja, de modo a afastar o sentimento de impunidade que vigora em nossa sociedade.

5 - Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - direito das obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.