

DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

ON PUNITIVE DAMAGES: ANALYSIS OF THEIR APPLICABILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

MARIA VITAL DA ROCHA

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora Coordenadora do Curso de Direito (graduação e pós-graduação) do Centro Universitário 7 de Setembro. Doutora em Direito Civil – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo. mavital@secrel.com.br

DAVI GUIMARÃES MENDES

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. davi.guimaraesmendes@gmail.com

Recebido em: 17.01.2017
Aprovado em: 07.04.2017

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: A aplicabilidade de indenizações punitivas no Direito Civil brasileiro tem sido objeto de controvérsias teóricas. Prevalece atualmente a posição de que o manejo da pena privada seria cabível nas hipóteses de danos morais, a partir de fundamentos tais como a necessidade de maior proteção aos direitos da personalidade e a insuficiência da reparação em casos de ofensas extrapatrimoniais. Neste artigo, defende-se que a pretendida incorporação da indenização punitiva ao Direito Civil brasileiro é inviável na ausência de previsão legal expressa, por representar violação ao princípio da legalidade. Ressalta-se, ainda, que o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil na tradição jurídica romano-germânica promoveu uma gradual superação das penas privadas, privilegiando a natureza reparatória da indenização. Enquanto não for estabelecida pela via legislativa, a indenização punitiva não é aplicável na ordem jurídica brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Indenização punitiva – Indenização reparatória – Danos morais – Princípio da legalidade.

ABSTRACT: The applicability of punitive damages in Brazilian Private Law has been the subject of theoretical controversies. Based on arguments such as the need for greater protection of the personality rights and the insufficient redress in cases of infringement of those rights, it currently prevails that punitive damages may be applied in moral damages events. This paper holds that the attempt to include punitive damages in Brazilian Private Law is unfeasible in the absence of an express legal provision, as it represents a breach to the principle of legality. It is also noted that the historical development of tort law in the Roman-German juridical tradition promoted a gradual overcoming of private penalties, favoring the reparative nature of damages. Until they are established by law, punitive damages are not applicable in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Tort law – Punitive damages – Compensatory damages – Moral damages – Principle of legality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil durante a história. 2.1. A responsabilidade civil no direito romano. 2.2. As contribuições do direito medieval e o caminho percorrido até as codificações modernas. 2.3. A ascensão do risco como fonte da responsabilidade civil: derrocada do caráter punitivista do instituto. 3. As funções da responsabilidade civil. 3.1. A função reparatória da responsabilidade civil. 3.2. A função punitiva da responsabilidade civil. 3.3. A função preventiva da responsabilidade civil. 4. A indenização punitiva na ordem jurídica brasileira atual. 4.1. A pena privada na modernidade. 4.2. A recepção da indenização punitiva na doutrina e na jurisprudência brasileiras. 4.3. A controvérsia acerca da aplicação das indenizações punitivas no Brasil. 4.3.1. A discussão acerca da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. 4.3.2. A discussão acerca da possível violação ao princípio do *ne bis in idem*. 4.3.3. A discussão acerca da possível violação ao princípio da legalidade. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, entendida como “instituto pelo qual se determina quem é o indivíduo que suportará, em definitivo, determinado dano”¹, avoca complexidade não só hoje, mas ao longo de sua história, sobretudo diante de seu milenar desenvolvimento científico. É árdua, portanto, a tarefa de delimitar os seus contornos.

Diante da temática das indenizações punitivas, questiona-se, afinal, de que modo a responsabilidade civil evoluiu ao longo da história, especialmente em atenção ao caráter punitivo ou não do instituto; se a função reparatória é a única admitida em seu âmbito; e se a punição pode, paralelamente à reparação, ensejar indenização autônoma.

Nesse sentido, realiza-se, primeiramente, uma análise histórica da responsabilidade civil, a fim de se determinar o *état de l'art* do instituto, compreendendo a sua evolução para verificar se a indenização punitiva se adequa aos caminhos percorridos nos últimos séculos pela responsabilidade civil.

Em seguida, perquirem-se quais são as finalidades desse instituto, apontando os papéis desempenhados por cada uma delas.

Por fim, analisa-se a aplicabilidade da indenização punitiva na ordem jurídica pátria, investigando as suas origens e inspirações no direito estrangeiro, e apresentando as principais críticas à utilização desse instrumento jurídico no âmbito da responsabilidade civil brasileira, bem como as respostas de seus defensores.

1. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DURANTE A HISTÓRIA

O problema da responsabilidade acompanha o homem em todas as suas manifestações², relacionando-se à própria liberdade e à racionalidade que lhe são peculiares³. Tem sido constante ao longo da história, em função disso, a preocupação em atribuir responsabilidades pelos danos oriundos da vida em sociedade⁴.

Nesse sentido, ressalta Alvino Lima que os mais diversos povos partilharam, em suas origens, soluções similares para os problemas relacionados à responsabilidade⁵, ao passo que Georges Ripert chega a afirmar que o dever de não lesar a outrem sempre foi regra moral imposta à ação humana, à qual o direito se limita a conferir sua sanção⁶.

Essencial, portanto, determinar, inicialmente, como os indivíduos de outrora trataram as questões ora analisadas, e em que direção estas se desenvolveram, para só então avaliar quais são as interpretações mais adequadas à ordem jurídica contemporânea, o que se faz não por apego a um direito em desuso, mas pelo reconhecimento de que o jurista está encarregado de continuar uma obra historicamente elaborada, atualizando-a e fazendo-a evoluir, é claro, mas não a começando novamente.

2.1. A responsabilidade civil no direito romano

Nas sociedades primitivas, reagia-se aos danos sem que houvesse preocupação com a proporcionalidade entre ofensa e punição, não sendo necessário, igualmente, que o ofensor tivesse agido com culpa para que sofresse retaliação⁷. O que havia era a “vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão”⁸.

Conforme explicação de Otavio Luiz Rodrigues Junior, essa vingança, consistente em retaliações corporais, geralmente cruéis, era, de início, coletiva, de modo

2. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 1.

3. BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 2.

4. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

5. LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 10.

6. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 205-206.

7. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962, p. 38.

8. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 10.

que não só o ofensor, mas todo o seu grupo sofriam com a retaliação pelo dano cometido, solução apenas excepcionalmente evitada, quando a tribo se comprometia a punir o indivíduo⁹.

No que se refere ao início da civilização romana, não é claro de que modo havia a responsabilização por danos, se mediante vingança privada, sem a necessidade de autorização estatal¹⁰, posição majoritária, ou se sempre houve a necessidade de autorização do Monarca para que a retaliação física pudesse ocorrer¹¹. Sabe-se ao certo que Roma desconheceu a vingança coletiva¹².

Mesmo aqueles que acreditam que existiu, em Roma, a vingança privada, apontam que muito cedo houve a intervenção do legislador para limitá-la e, mais tarde, institucionalizar a Lei de Talião, isto é, a máxima do “olho por olho, dente por dente”, critério que encontrou utilização e previsão até mesmo na Lei das XII Tábuas¹³.

As principais contribuições do direito romano para a responsabilidade civil ocorreram no âmbito da *Lex Aquilia*, a qual permitiu que os jurisconsultos romanos elaborassem fundamentos conceituais do instituto que são até hoje utilizados¹⁴.

Entre esses alicerces, imperioso que se analise detidamente dois deles, quais sejam, o surgimento da culpa como critério de atribuição da responsabilidade civil e o início do processo de superação do caráter de pena privada do instituto, com a consequente transição para uma natureza reparatória.

No direito romano antigo, interessava a apuração da existência de um dano, o qual, ligado a quem o dera causa, bastava para que o ofensor fosse responsabilizado¹⁵. Nesse sentido, expõe Wilson Melo da Silva:

Não se falava em culpa. Culpa, se houvesse, objetivar-se-ia no próprio dano, bastando para que se exercesse a vingança sanguinolenta ou sua sucedânea, a composição econômica, a simples relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo dele decorrente.¹⁶

9. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

10. LIMA, Alvin. Op. cit., p. 10; DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 19; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 3.

11. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 392-393.

12. CHAMOUN, Ebert. Op. cit., p. 392.

13. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 19.

14. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 14.

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Forense: 1996, p. 4.

16. SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 41.

É afirmado que foi por meio da Lei Aquília, a qual data da República¹⁷, que se estabeleceu, em Roma, a culpa como requisito essencial da responsabilidade civil, juntamente ao *damnum* – existência de dano – e à *iniuria* – prática de ato contrário ao direito¹⁸.

Inexiste, todavia, unanimidade doutrinária quanto ao momento exato em que a culpa passou a ser critério de atribuição da responsabilidade civil. Com efeito, subsistem posições doutrinárias tanto ligando essa lei plebiscitária à introdução da culpa no instituto quanto apontando que esse requisito não foi instituído desde logo por essa lei, sendo desenvolvido paulatinamente em seu processo de interpretação¹⁹.

No entanto, encontra-se convergência entre essas duas posições, no que tange ao fato de que foi por meio da *Lex Aquilia*, seja a partir do momento de sua instituição, seja ao longo do tempo, em função do trabalho dos juristas, que houve a incorporação do elemento anímico da culpa à responsabilidade civil²⁰.

A culpa, em sua formulação romana entendida como a conduta voluntária do agente de contrariar o Direito e de, ao fazê-lo, realizar ação danosa²¹, já abrangendo à época tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito²², nunca atingiu nesta ordem jurídica o protagonismo concedido pelos modernos²³.

É relevante por representar a primeira aparição daquilo que se constitui não apenas em requisito do instituto, mas sobretudo em uma concepção deste, fortemente vinculada à moral individual, a qual se revela pela transposição do termo “culpa” da esfera moral para a jurídica²⁴, na qual se entende que é o voluntário desvio de conduta do ofensor que possibilita a sua responsabilização, noção que, certamente viria a se fortalecer com o passar dos séculos, já estava presente em Roma²⁵.

Já no que se refere à superação da natureza de pena privada da responsabilidade civil, verifica-se que a lei em comento teve o papel de representar o início do processo de transição para o caráter ressarcitório do instituto.

17. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 13.

18. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 5-6.

19. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 14-15; SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 42-44; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 5.

20. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 16.

21. VENTURI, Thaís. *A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 21.

22. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 6.

23. HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 56.

24. RIPERT, Georges. Op. cit., p. 205-206.

25. HIRONAKA, Giselda. Op. cit., p. 57-58.

É que a pena privada foi, por muito tempo, de natureza tarifária, sendo previamente quantificada pelo legislador e não guardando proporção com o efetivo dano sofrido pela vítima²⁶. Por exemplo, no caso da rapina – subtração da coisa mediante uso da força, semelhante ao roubo no direito contemporâneo –, a pena seria de quatro vezes o valor daquilo que se rapinou²⁷.

Consoante o ensinamento de Alvino Lima, foi por meio da *Lex Aquilia* que foram substituídas tais penas tarifadas pela reparação pecuniária do dano causado, demonstrando-se o início de uma preocupação legislativa com o retorno da vítima ao estado anterior ao sofrimento do dano²⁸.

Nada obstante, ressalva-se que essas previsões não implicaram em uma superação completa do caráter de pena privada da responsabilidade civil, a qual ainda era exercida por meio de uma ação penal e, apesar da nítida função reparatória assumida pela pena, seu método de cálculo ainda era inspirado na primitiva função de vingança²⁹.

Em verdade, o que ocorreu foi que a *Lex Aquilia*, originalmente penal, foi sofrendo uma cisão por conta da atuação dos pretores e jurisperitos, tornando-se ação mista, de natureza tanto penal quanto reipersecutória³⁰.

À época da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, aponta parte da doutrina, já triunfava o caráter ressarcitório da responsabilidade civil, limitando-se a sua extensão ao dano e havendo o subsequente abandono de sua categorização enquanto pena privada³¹.

Trata-se de processo histórico o qual, a exemplo do já mencionado em relação à culpa aquiliana, não se limitou ao direito romano, penetrando na modernidade por meio dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, os quais, por muito tempo, abandonaram a ideia de pena privada na responsabilidade civil³².

Percebe-se, por conseguinte, que os romanos, apesar de não terem elaborado um conceito científico do instituto estudado, por meio de sua abstração enquanto categoria geral, vivenciaram o instituto na prática e proporcionaram seu desenvolvimento.

26. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 14.

27. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 12.

28. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 14.

29. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 17.

30. GRIVOT, Débora. Limites ao valor da indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 616-617.

31. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 618.

32. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 619.

Entre as suas colaborações, cita-se o processo de instituição de sanções pecuniárias, em substituição às retaliações físicas, bem como a divisão entre delitos públicos e privados, destacando-se, todavia, principalmente para os fins desse trabalho, os avanços proporcionados pela Lei Aquília.

2.2. *As contribuições do direito medieval e o caminho percorrido até as codificações modernas*

A concepção romana de responsabilidade civil sobreviveu à civilização que a elaborou, alcançando a Idade Moderna sem alterações em sua estrutura, fato constatado por Alvino Lima, o qual explica, nesse sentido, que “são os ensinamentos e conceitos provindos do direito romano que constituem o fundamento da responsabilidade aquiliana no direito moderno”³³.

Ressalta-se, entretanto, que a ausência de rupturas no instituto durante esse período não significa que ele tenha permanecido estático. Houve, em verdade, um aprofundamento dos processos evolutivos iniciados pelo direito romano, os quais sofreram influência da moral cristã e do direito canônico³⁴.

No que se refere à culpa enquanto elemento da responsabilidade civil, por exemplo, é possível se afirmar que, apesar de se tratar de conceito surgido em Roma, ela só ganhou o protagonismo que alcançou a modernidade a partir do direito medieval³⁵.

É que foi por influência da moral cristã que a responsabilidade se tornou indissociável à noção de culpa, funcionando esta como fundamento e pressuposto daquela, em decorrência do fato de que o homem, dotado de livre-arbítrio que era, poderia escolher agir segundo a vontade divina ou em contrariedade a ela, hipótese na qual seria considerado culpado pela conduta reprovável e, conseqüentemente, responsabilizado³⁶.

É possível afirmar, nessa perspectiva, que “o núcleo da culpa repousa sobre a apreciação moral do comportamento do indivíduo”³⁷.

Já no que se refere ao processo de superação da pena privada, é seguro asseverar que foi na Idade Média que ele se completou. Tal se deve também à doutrina cristã, mais especificamente à ideia de justiça comutativa de São Tomás de Aquino, a qual

33. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 18.

34. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 617.

35. HIRONAKA, Giselda. Op. cit., p. 77.

36. VENTURI, Thaís. Op. cit., p. 22.

37. VENTURI, Thaís. Op. cit., p. 24.

pregava que o responsável pelo dano se libertaria pela simples reparação do mal que causara, devendo ser banida qualquer transferência inferior ou superior a esse ressarcimento³⁸.

Foi desse modo – evoluído, porém não revolucionado – que as concepções romanas acerca da responsabilidade civil chegaram à modernidade.

O Código Napoleão, alcunha pela qual ficou conhecido o célebre Código Civil Francês, serviu de consolidação às concepções que já vinham sendo debatidas e desenvolvidas doutrinariamente na época, mencionando-se, a título de exemplo, a previsão de uma norma geral de atribuição da responsabilidade civil, abandonando-se a opção romana de previsão casuística das hipóteses de incidência do instituto³⁹.

As codificações se espalharam da França para o restante do mundo e, nesse processo, também se disseminou a responsabilidade civil compreendida nos moldes romanos⁴⁰. Em verdade, mesmo em nações cujas codificações têm, no geral, distinções relevantes em relação ao Código Napoleão, como a Alemanha e a Suíça, foram alcançados resultados semelhantes nesta matéria⁴¹.

Houve, portanto, tanto no direito medieval quanto no período de elaboração das codificações modernas, não uma ruptura, mas sim um aprofundamento dos processos evolutivos da responsabilidade civil já iniciados em Roma, com o fortalecimento do elemento moral do instituto por intermédio da culpa, seu fundamento, e a prevalência de sua natureza reparatória.

2.3. *A ascensão do risco como fonte da responsabilidade civil: derrocada do caráter punitivista do instituto*

Em meados do século XIX, chegou-se a cogitar que a responsabilidade civil tendia à perenidade nos moldes em que se encontrava, inexistindo opções senão o aperfeiçoamento daquilo já estabelecido⁴². Tal previsão se provou, todavia, equivocada.

A Revolução Industrial, iniciada nesse período, promoveu avanços tecnológicos sem precedentes históricos⁴³, os quais, acompanhados de fatores tais como o desordenado processo de urbanização experimentado, multiplicaram os riscos na sociedade.

38. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 617.

39. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 22-23.

40. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 18.

41. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 18.

42. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 5.

43. SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 22-23.

Ocasionou-se, em função disso, um vertiginoso crescimento dos danos e, conseqüentemente, da busca pela responsabilização civil⁴⁴, havendo sido rapidamente identificada a dificuldade de prova da culpa nesses novos danos.

É bem verdade que críticas já eram dirigidas à teoria da culpa desde o Século XVIII, por autores como Thomasius e Heineccius, os quais sustentavam que reparar os danos por si cometidos é ínsito à natureza humana, de modo que, independentemente de sua culpa, deveria o autor de um dano se responsabilizar pela sua reparação⁴⁵.

Apenas com esse crescimento dos riscos na sociedade, entretanto, que surgiu uma tendência visível entre os juristas no sentido de adotar uma postura crítica à teoria da culpa – se não à sua existência, ao menos à sua exclusividade⁴⁶.

É na doutrina francesa, sobretudo na obra pioneira de Saleilles e de Josserand, que se pode vislumbrar a origem da teoria do risco em termos aproximados aos concebidos atualmente.

Saleilles apontava ser necessária a materialização do direito civil, abandonando-se os psicologismos que ainda o assolavam, tal como a culpa. Ao elaborar sua teoria, o jurista francês sugeriu uma nova interpretação do art. 1.382 do Código Napoleão, apontando que o vocábulo *faute* – falha ou culpa – fosse entendido como *fait* – fato –, de modo que o agente se responsabilizaria não por suas culpas, mas sim pelos fatos a si atribuídos⁴⁷.

Josserand, desenvolvendo em sua argumentação a teoria do risco-proveito, argumentou acerca da necessidade de se adotar a teoria do risco também para conceder segurança à vítima, a qual sofreu o dano e não teve nisso qualquer responsabilidade. Recorre, igualmente, ao brocardo do *ubi emolumentum, ibi onus*, para afirmar que é injusto e irracional que a vítima, a qual não colhe quaisquer proveitos de uma atividade criadora de riscos e nem concorreu para a sua criação, seja obrigada a suportá-los⁴⁸.

44. SCAFF, Fernando Campos; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Da culpa ao risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

45. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 51.

46. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 54.

47. SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1897, p. 65.

48. JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, p. 548-560, 1941, p. 548.

Tal argumentação defende que a responsabilidade civil é uma “mera questão de reparação de danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social”⁴⁹, partindo-se do raciocínio lógico de que, ocorrido o dano, há a atribuição a alguém, pelo ordenamento jurídico, do ônus de arcar com tal prejuízo⁵⁰. Injusto seria, por conseguinte, que o agente causador do dano, apenas por não ter agido culposamente, não fosse obrigado a repará-lo, o que implicaria verdadeiramente na responsabilização da vítima.

Não tardou para que houvesse uma reação dos partidários da teoria da culpa, opondo-se, naturalmente, às propostas de um novo fundamento para a responsabilidade civil, o risco. Destacam-se, entre estes, os irmãos Mazeaud, os quais apontavam que a teoria do risco, entre outras falhas, adotaria uma equivocada concepção materialista do direito, eliminando a pessoa, com sua alma e vontade, ao excluir o elemento moral da responsabilidade civil, a culpa⁵¹.

Tais críticas não subsistiram, entretanto, à própria realidade fática⁵². Adotada na França, primeiramente, em 1898, com a Lei dos Acidentes de Trabalho⁵³, a teoria do risco não produziu nenhum dos efeitos nefastos profetizados por seus críticos⁵⁴, e, se é inegável que essa doutrina representou um marco de ruptura na responsabilidade civil, é igualmente verdadeiro que o risco não substituiu a culpa, como temiam alguns, antes unindo-se a esta como fontes de atribuição da responsabilidade⁵⁵.

A objetivação da responsabilidade civil, por meio da adoção da teoria do risco, vem no sentido de garantir uma “socialização dos riscos”⁵⁶, a qual tem fundamento na solidariedade social⁵⁷, e não mais na moralidade.

49. JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 548.

50. JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 548.

51. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 5. ed. Paris: Editions Montchrestien, 1957, t. 1, p. 424.

52. LIMA, Alvinio. Op. cit., p. 142-149.

53. SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 106.

54. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p., 76.

55. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1, p. 556-557.

56. SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 9.

57. GIANCOLI, Brunno Pandori. *Função punitiva da responsabilidade civil*. 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 70.

Com efeito, seria inviável pretender uma vinculação da responsabilidade civil à moral individual em casos nos quais, a rigor, o agente não praticou uma conduta moralmente reprovável, mas é chamado a responder, ainda assim, pelos danos causados. Nessas hipóteses, a responsabilidade se fundamenta na necessidade de, em uma sociedade na qual os riscos são coletivos, haver uma correspondente socialização das responsabilidades, mesmo não estando presente a culpa⁵⁸.

Ressalta-se que esse processo de fortalecimento da solidariedade social como fundamento da responsabilidade civil não resultou imediatamente na adoção da doutrina do risco⁵⁹. Passou-se por diversos estágios intermediários, tais como a adoção de sistemas de presunção de culpa do ofensor⁶⁰, a tentativa de ligar uma responsabilidade sem culpa à ideia de abuso de direito⁶¹, e, por fim, a própria objetivação da culpa, consistente na análise da culpa em relação a um padrão objetivo, sem que houvesse a investigação psicológica do agente, inovação proposta pelos irmãos Mazeaud que, para alguns, seria um afastamento ainda mais radical da noção de moral individual⁶².

O que se verifica da análise do embate doutrinário entre as teorias da culpa e do risco é, na verdade, um processo histórico de enfraquecimento da moral individual no âmbito da responsabilidade civil, dando lugar a uma maior preocupação com a coletividade e com a solidariedade social, o que pode ser explicado na esteira de acontecimentos tais como a Revolução Industrial e a separação de religião e Estado.

Do elemento culpa, entendido como “marca pública de uma moralidade privada”⁶³, chega-se ao elemento risco, critério erguido “em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade”⁶⁴.

O processo de transição da culpa ao risco como fontes da responsabilidade civil – o qual, cumpre destacar uma vez mais, não implica em superação de uma teoria pela outra – deve ser entendido, por conseguinte, como sendo parte de um debate maior, de questionamento da própria noção de moral individual como fundamento da responsabilidade civil, que resultou na ascensão da ideia de solidariedade social em seu lugar. Trata-se, evidentemente, de um forte golpe à clássica concepção da responsabilidade civil, oriunda do direito romano, ao ameaçar um de seus pilares –

58. SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 295.

59. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 64.

60. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 113.

61. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 132-134.

62. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 120.

63. HIRONAKA, Giselda. Op. cit., p. 33.

64. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 144.

a culpa –, o qual, repise-se, representa uma das principais contribuições daquela civilização à construção teórica do instituto.

3. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Passa-se à delimitação do aspecto funcional da responsabilidade civil, a fim de alcançar uma melhor compreensão acerca da compatibilidade do instituto com a pena privada, fenômeno costumeiramente relacionado à ampliação da função punitiva do instituto⁶⁵.

Entende-se por função, conforme lição de Antônio Castanheira Neves, o conjunto de exigências performativas resultantes de um sistema, seja para os seus elementos, para que se caracterizem como tal, seja para o próprio sistema, garantindo a sua integridade⁶⁶.

Nessa esteira, visualizam-se como funções da responsabilidade civil a reparação dos danos, a punição dos ofensores e a prevenção de novos delitos⁶⁷, por se tratarem de objetivos almejados pelos elementos estruturais do instituto, os quais permitem a consecução de seus fins maiores de pacificação social e de tutela da pessoa.

3.1. A função reparatória da responsabilidade civil

A função reparatória ou ressarcitória da responsabilidade civil se constitui na exigência imposta ao instituto de restabelecer o equilíbrio jurídico e econômico entre lesado e lesante, o qual é violado pela superveniência de um dano, seja este oriundo de ato culposos, seja decorrente de risco criado em certa atividade⁶⁸, ressarcindo-se, assim, às custas do ofensor, o prejuízo sofrido pela vítima.

Trata-se de compreensão cuja origem remonta ao direito romano, em que se iniciou o processo de superação das penas privadas tarifárias em direção à reparação integral dos danos⁶⁹, muito embora, apenas na Idade Média, tenha ocorrido o definitivo fortalecimento dessa noção, com o desenvolvimento da ideia de justiça comutativa por São Tomás de Aquino.

65. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 8, p. 115-137, jul.-set. 2016, p. 116.

66. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Editoria Coimbra, 2008, v. 3, p. 216.

67. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 459; FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à idealização de uma causa geral de multa civil*. Fortaleza: DIN.CE, 2015, p. 32.

68. GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit., p. 28.

69. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 618.

A importância assumida pela função ressarcitória é de tal ordem que, desde o início das codificações modernas até a atualidade, vem se estabelecendo, como quase consenso entre os doutrinadores, a afirmação de que a finalidade primordial da responsabilidade civil é a reparação do dano sofrido, de maneira a restabelecer o equilíbrio jurídico por ele rompido⁷⁰.

Essa finalidade de recomposição do patrimônio jurídico do lesado orienta o princípio da restituição integral, o qual estabelece que deve ser intentado, na medida do possível, retornar o prejudicado à situação anterior à lesão⁷¹. Tal pretensão de restabelecimento exato da situação anterior ao dano pode ser resumida na expressão francesa “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”⁷².

O imperativo de restituição integral dos danos sofridos, previsto no art. 944, *caput*, do CC/02⁷³, deve ser entendido, em primeiro lugar, como compromisso de reparação ampla dos danos sofridos, independentemente de sua natureza, e, em segundo lugar, como critério de proporcionalidade entre o dano experimentado e a sua reparação, evitando-se assim, ao mesmo tempo, que a vítima sofra prejuízo e que agrida enriquecimento sem causa⁷⁴.

Não pode ser compreendido, por outro lado, como se impusesse um necessário retorno ao *status quo ante*, eis que a reparação, mesmo nos casos de danos materiais, e ainda mais visivelmente nos casos de danos morais, é sempre um sucedâneo do mal sofrido pela vítima, não restaurando com exatidão o patrimônio jurídico do lesado, mas tão somente repondo-o de modo proporcional⁷⁵.

Injustificada, portanto, a tese de que o princípio da restituição integral não se aplicaria aos danos morais, pois as lesões a bens jurídicos extrapatrimoniais não seriam suscetíveis de reposição por valores pecuniários, de modo que não haveria correlação entre o dano e a compensação devida⁷⁶.

Em verdade, essa equivalência inexistente até nos casos de danos materiais, ocorrendo a quantificação da indenização destes, não raras vezes, por meio de critérios

70. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 460; SILVA, Wilson Melo da. Op. cit., p. 41; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 39; GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 625.

71. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 432.

72. Tradução livre: “todo o dano, mas nada mais que o dano”.

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

74. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 39.

75. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 66.

76. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 432.

de proporcionalidade e aproximação⁷⁷. A máxima da *restitutio in integrum* impõe apenas a observância dessa proporcionalidade entre a lesão sofrida e a reparação devida, o que é plenamente possível nas hipóteses de danos morais⁷⁸.

Não se pode negar que é possível se visualizar a diferença de dimensão de uma violação aos direitos de personalidade de um indivíduo cuja imagem é utilizada indevidamente, por exemplo, em uma campanha publicitária, e de outra pessoa cuja imagem é denegrida em uma campanha difamatória.

Impende mencionar que a aplicação desse princípio às lesões extrapatrimoniais não representa uma tarifação das reparações, mas tão somente a necessidade do intérprete de, ao buscar a compensação do dano moral, guiar-se pelo critério da gravidade da ofensa.

Imperioso ressaltar que a função reparatória da responsabilidade civil abrange tanto a indenização, em que a natureza do dano sofrido e do ressarcimento é idêntica, sendo ambos de ordem patrimonial, quanto à compensação, em que não há essa relação de identidade, eis que o dano, apesar de extrapatrimonial, é reparado por meio de compensação cuja natureza é pecuniária⁷⁹.

Tem-se que reparação é gênero do qual indenização e compensação são espécies⁸⁰, sendo equivocada, portanto, a opção de alguns doutrinadores de estudar separadamente uma função indenizatória e uma função compensatória⁸¹, partindo do impreciso entendimento de que haveria distinção de finalidades entre as duas, quando a diferença reside, em verdade, no modo como a indenização e a compensação atuam para alcançar a mesma função, qual seja, a reparação.

Sendo assim, resta claro que a função reparatória assume, desde há muito, protagonismo entre as finalidades da responsabilidade civil. É em função dela que se tem estabelecido o princípio da restituição integral, segundo o qual o ofensor deve repor todos prejuízos – sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais – sofridos pela vítima, de modo proporcional à extensão deles.

Nas últimas décadas, todavia, tem sido questionada a prevalência da reparação como função por excelência da responsabilidade civil, surgindo posições no sentido de que seria necessário um “alargamento” funcional do instituto, destacando a sua natureza punitiva e preventiva⁸².

77. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 66.

78. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 434-435.

79. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 461.

80. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 461.

81. GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit., p. 27.

82. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 459; FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à idealização de uma causa geral de multa civil*. Fortaleza: DIN.CE, 2015, p. 32.

3.2. A função punitiva da responsabilidade civil

A função punitiva, também chamada sancionatória, é igualmente identificada na responsabilidade civil, consistindo na finalidade de impor ao lesante uma pena, a qual assume um caráter de retribuição do dano injusto com um castigo proporcional – a chamada função punitiva-retributiva⁸³.

Se a função reparatória impõe a máxima da restituição integral, segundo a qual os danos devem ser ressarcidos, independentemente de sua origem, e na proporção da lesão, sem se levar em conta questões como a gravidade da conduta do agente⁸⁴, a função punitiva prescreve, por outro lado, uma exigência de punir o lesante, não apenas na proporção do dano sofrido mas também em atenção ao grau de sua culpa, ou seja, ao desvalor da conduta praticada⁸⁵.

Trata-se de finalidade que prevaleceu nos tempos primitivos, época na qual, conforme já mencionado, não se cogitava de reparação, mas tão somente da vingança contra o autor do dano ou mesmo contra o grupo ao qual pertencia⁸⁶.

A narrativa da ascensão da função reparatória foi, no entanto, a mesma da derrocada da função punitiva, chegando alguns autores a sugerirem que esta fosse absolutamente proscria do âmbito da responsabilidade civil, permanecendo exclusivamente na seara criminal⁸⁷.

Nesse sentido, cita-se o comentário de Louis Huguenev, no início do Século XX, antes mesmo da consolidação da responsabilidade objetiva, no qual relata o quase unânime entendimento acerca da derrocada da pena privada:

Trata-se de uma afirmação por vezes emitida, e uma crença muito difundida tanto entre civilistas quanto entre criminalistas, que a pena privada, no direito atual, sob todas as suas formas, desapareceu: produto de uma civilização pouco avançada, ela tem sido apagada pelo progresso dos costumes, pelo aperfeiçoamento do direito e pelo desenvolvimento das instituições políticas⁸⁸.

83. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 461.

84. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

85. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 462.

86. LIMA, Alvino. Op. cit., p. 10.

87. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 627.

88. HUGUENEV, Louis. *La peine privée en droit actuel: quelques observations de droit maritime, de droit international, et de droit civil comparé*. Paris: LGDJ, 1996, p. 3.

Tradução livre do seguinte trecho: “*C’est une affirmation parfois émise et une croyance très généralement répandue, parmi les civilistes comme parmi les criminalistes, que la peine privée, en droit actuel, sous toutes ses formes, a disparu: produit d’une civilisation peu avancée,*”

Há de se esclarecer, contudo, que o debate acerca da função punitiva da responsabilidade civil não versa propriamente acerca de sua existência, mas sim de sua autonomia estrutural. Isso porque nem mesmo seus mais árdios opositores podem negar o fato de que a reparação acaba por impor um sacrifício ao ofensor, terminando por puni-lo, ainda que tal castigo tenha natureza secundária ou mesmo acidental.

O que tem havido, em verdade, é um constante redimensionamento do viés punitivo do instituto, o qual ora é exclusivamente acessório à função reparatória, como se verificava no CC/16, em que o grau de gravidade do ilícito tinha influência extremamente reduzida sobre a indenização, cuja quantificação quase sempre se guiava de forma exclusiva pela extensão do dano causado⁸⁹, ora assume maior relevância, influenciando diretamente na reparação, como ocorre na atualidade, período no qual existem pretensões até mesmo de independência, no âmbito da responsabilidade civil, da punição em relação ao ressarcimento, por meio da aplicação de indenizações punitivas⁹⁰.

Ilustrando essa valorização da função punitiva da responsabilidade civil sob a égide do CC/02, cita-se o art. 944, parágrafo único⁹¹, do diploma legal em questão, pelo qual se permite ao julgador reduzir o valor da indenização, caso identifique uma flagrante desproporção entre a culpa do lesante e o dano cuja reparação se pretende.

Tal dispositivo, cuja redação no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941⁹² concedia ainda maior espaço de atuação do juiz para aplicar a função punitiva da responsabilidade civil, foi inspirado no Código Federal Suíço de Obrigações⁹³, e consagra a finalidade sancionatória exatamente ao estabelecer um mínimo de equivalência entre a culpa do agente e o ressarcimento devido⁹⁴. Entende que, havendo culpa levíssima, deve ser menor a punição, minorando-se, por conseguinte, o *quantum* indenizatório.

elle s'est effacée sous l'action du progrès des mœurs, du perfectionnement du droit et du développement des institutions politiques".

89. ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 199.

90. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 627.

91. Art. 944. [...]

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

92. Art. 172. O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso.

93. ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 200.

94. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 463.

A mera afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função punitiva, ao lado da predominante finalidade reparatória, não passa, portanto, da constatação de uma obviedade, seja pelo fato de a reparação implicar, por si só, em um castigo ao lesante, seja por ter havido a adoção expressa, no CC/02, da possibilidade de redução da indenização, em casos nos quais o insignificante desvalor da conduta do agente seja desproporcional em relação ao ressarcimento, disposição legal que funciona como verdadeiro meio de intervenção da função punitiva da responsabilidade civil em sua congênere reparatória.

A controvérsia concerne, por outro lado, à questão da autonomia estrutural da função punitiva, diferentemente do que pretendem alguns⁹⁵, ao discutirem a própria compatibilidade da função punitiva da responsabilidade civil em relação ao direito brasileiro.

Não se limita a discussão, todavia, à mera existência de uma estrutura indenizatória punitiva autônoma. Isso porque, conforme explicado por Pedro Ricardo e Serpa⁹⁶ e Marcela Alcazas Bassan⁹⁷, uma análise atenta da legislação privada brasileira revela que ela está “repleta de exemplos de sanções que exercem função punitiva”⁹⁸, previstas para hipóteses específicas, como no caso do art. 416 do CC/02⁹⁹, referente às cláusulas penais, e no caso do art. 940 do CC/02, pertinente à demanda maliciosa de dívida já paga¹⁰⁰.

O que se discute, por outro lado, é se, para além desses dispositivos específicos, haveria no ordenamento jurídico pátrio uma autorização geral de manejo de uma estrutura indenizatória autônoma de natureza punitiva.

Ou seja, o que se discute é a possibilidade de, ao lado de uma indenização reparatória ou de uma compensação, haver uma indenização punitiva estruturalmente autônoma, aplicável à generalidade dos casos, e destinada a penalizar o ofensor

95. KRUMMENAUER, Maria Carolina. 2015. *Punitive damages na sociedade de hiperconsumo*. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 4-5; VENTURI, Thaís. Op. cit., p. 209; GIANCOLI, Bruno Pandori. Op. cit., p. 16.

96. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 192.

97. BASSAN, Marcela Alcazas. *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 79-82.

98. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 192.

99. Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

100. Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

pela conduta ilícita praticada, bem como a prevenir condutas semelhantes, como se demonstrará no tópico seguinte.

É que, consoante o já mencionado, o intuito sancionatório é compreendido tradicionalmente como secundário em relação à finalidade reparatória da responsabilidade civil¹⁰¹, o que explica não só o papel meramente acessório que a punição assume, via de regra, na indenização, mas também a existência esparsa de hipóteses de indenização punitiva, sem que haja um tratamento geral da matéria, aplicável à generalidade dos casos.

Com efeito, tem-se verificado recentemente, em um contexto de flexibilização da responsabilidade civil – a qual deveria assumir, para alguns, o papel de verdadeiro instrumento de justiça distributiva, combatendo toda sorte de desequilíbrios sociais –, vozes que clamam pela ampliação da função punitiva do instituto, por meio da aplicação de uma estrutural sancionatória independente, a pena privada¹⁰².

O debate não recai, por conseguinte, em analisar se a responsabilidade civil teria função punitiva, que nos parece inegável, mas sim se seria ou não possível que a função punitiva da responsabilidade civil subsistisse em uma estrutura independente daquela destinada à concretização da função reparatória do instituto, estabelecendo assim uma pena privada paralela à reparação, ou se essa finalidade punitiva estaria, por outro lado, adstrita aos limites do ressarcimento¹⁰³.

3.3. A função preventiva da responsabilidade civil

A responsabilidade civil também tem por função o desestímulo ao cometimento de novos ilícitos, seja para o próprio indivíduo sancionado, a fim de que não reincida na conduta vedada, seja para a sociedade em geral, com vistas a evitar que outras pessoas pratiquem atos semelhantes¹⁰⁴.

A exemplo do já afirmado ao se tratar da função punitiva, verifica-se que a função preventiva é acessória da reparação dos danos, no âmbito da responsabilidade civil, sendo ofuscada, igualmente, pela própria função retributiva, defendendo alguns que a prevenção não deveria nem mesmo ser dissociada da punição¹⁰⁵.

Tal pretensão de unificar as funções punitiva e preventiva do instituto não pode, todavia, ser admitida, eis que a retribuição do mal causado pelo ofensor e a

101. NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 461.

102. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit., p. 116-117.

103. GRIVOT, Débora. Op. cit., p. 627.

104. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 42.

105. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1925.

prevenção de novas condutas semelhantes consistem em finalidades não só distintas, mas antagônicas – ao passo que uma se volta para o presente, retribuindo o mal causado pelo ofensor, a outra tem em vista o futuro, intentando evitar que novos delitos sejam praticados.

Essa homogeneidade estrutural ocorre tanto nos casos em que há apenas uma indenização reparatória, hipótese na qual uma mesma estrutura assume funções reparatórias, punitivas e preventivas¹⁰⁶, quanto nos casos em que há uma indenização punitiva, caso no qual a pena privada acolhe tanto a finalidade de reprimir o ilícito ocorrido quanto a de prevenir ilícitos futuros¹⁰⁷.

A unicidade estrutural não autoriza tratar indiscriminadamente as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, inclusive pelo fato de prevalecer nos sistemas jurídicos romano-germânicos a opção pela utilização da indenização reparatória como estrutura única de concretização de todas as funções do instituto, sem que haja por conta disso a pretensão de reduzir a função da responsabilidade civil à reparação do dano.

É o que explica José de Aguiar Dias:

Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resultada da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem.¹⁰⁸

Há, tão somente, unicidade na estrutura pela qual a punição e a prevenção se concretizam na responsabilidade civil, interdependência esta que é habitual, porém não necessária. Cita-se, no entanto, tentativas recentes de desvincular a prevenção da reparação e punição, por meio do desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil sem dano¹⁰⁹.

O debate já introduzido quando da explanação da função punitiva da responsabilidade civil se aplica igualmente, por conseguinte, à função preventiva desse instituto, eis que ambas as funções são concretizadas pela pena privada, a qual representa uma autonomia estrutural em relação à predominante finalidade de reparação dos danos.

106. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 845.

107. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 42.

108. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 845.

109. Cf. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

Desse modo, ao se fazer referência à indenização punitiva ou à pena privada, faz-se menção a uma estrutura da responsabilidade civil destinada a concretizar as funções punitiva e preventiva do instituto.

Isto é: a controvérsia acerca da aplicabilidade da indenização punitiva na ordem jurídica pátria reside na discussão pertinente à autonomia estrutural das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

Sendo assim, esclarecidas as principais questões pertinentes às funções do instituto analisado, bem como delimitada a controvérsia debatida, que não versa acerca da existência ou aplicabilidade da função punitiva e da função preventiva no direito brasileiro, mas sim da autonomia estrutural dessas finalidades.

4. A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ATUAL

Conforme demonstrado, a responsabilidade civil tem se desenvolvido ao longo da história – ao menos nos sistemas de origem romano-germânica – no sentido de privilegiar, com fulcro na solidariedade social, uma crescente reparação dos danos.

Identificou-se que a função punitiva do instituto, outrora prevalecente, vem sendo preterida, ao lado da função preventiva, em desfavor da finalidade reparatória da responsabilidade civil, fenômeno evidenciado na noção já consagrada de que a punição e a prevenção estariam estruturalmente limitadas à reparação.

Observou-se, todavia, que é inegável a existência de uma tríplice função – punitiva, preventiva e reparatória – no âmbito da responsabilidade civil, sendo cabível a discussão, tão somente, acerca da autonomia estrutural das finalidades punitiva e preventiva, ou seja, em relação à possibilidade de uma indenização punitiva.

Ao buscarem uma definição de indenização punitiva, os autores geralmente recorrem à noção de sanção pecuniária, ou da parcela desta, cuja finalidade precípua é punir o autor da ofensa, em vez de meramente reparar o dano sofrido pela vítima¹¹⁰.

Prefere-se a proposta de Pedro Ricardo e Serpa, o qual, analisando os *punitive damages*, assim define a indenização punitiva:

(...) quantia pecuniária, geralmente imposta por um corpo de jurados, como forma de sanção a um ato ilícito altamente reprovável, cuja função é a de punir o ofensor e de prevenir o cometimento de novos ilícitos futuros, e que, por fim, deve ser imposta ao ofensor em adendo e independentemente de eventual indenização compensatória a que possa fazer jus o ofendido¹¹¹.

110. HUGUENEY, Louis. Op. cit., p. 4.

111. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 26.

Respeitado o fato de se tratar de definição descritiva da realidade do sistema de *common law*, de onde se explica, por exemplo, a observação de que os *punitive damages* são geralmente impostos por um corpo de jurados, verifica-se que essa explicação contempla todos os elementos caracterizadores da indenização punitiva.

Com efeito, ao se debater a indenização punitiva, é necessário se ter em mente, desde já, consistir de estrutura inserida no instituto da responsabilidade civil, a qual: a) sanciona um ato ilícito reprovável; b) atende às funções punitivas e preventivas do instituto; c) é estruturalmente independente da indenização reparatória, não se podendo nomear de indenização punitiva a sanção pecuniária que se limita a ressarcir o dano sofrido, eis que o caráter punitivo e preventivo é meramente acessório nesta hipótese.

O que se pretende investigar neste momento é em que medida uma indenização punitiva nos termos descritos é compatível com a ordem jurídica pátria vigente.

Cumprido trazer à baila novamente o fato de que é inconteste que, no direito brasileiro, subsistem, ainda que em reduzido número, hipóteses de indenização punitiva, seja na seara contratual, por meio das cláusulas penais¹¹², seja no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, como no art. 940 do CC/02¹¹³.

Perquirir-se-á a seguir, por outro lado, se há a possibilidade de aplicação de indenização punitiva para além dessas previsões específicas, isto é, se há uma autorização geral para a sua utilização na ordem jurídica pátria.

4.1. A pena privada na modernidade

No que pese ser possível constatar, ao longo da história, a adoção da pena privada por diversos povos, inclusive assumindo características semelhantes às propostas contemporaneamente, é nos sistemas jurídicos de *common law* que se verifica o mais robusto exemplo de indenização punitiva da modernidade¹¹⁴.

A exemplo do que ocorria no direito romano pré-clássico, o direito inglês não distinguia, em seus primórdios, os ilícitos de natureza civil e criminal¹¹⁵, incumbindo

112. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 193.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

113. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 195.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

114. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 23.

115. MASSEY, Calvin. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history. *Vanderbilt Law Review*, v. 40, n. 6, nov. 1987, p. 1257-1258.

ao responsável pela conduta o pagamento de uma sanção pecuniária que exercia, ao mesmo tempo, funções compensatórias e punitivas¹¹⁶.

Frisa-se que as penas privadas romanas foram uma das influências para o surgimento das *amercements*, antecedentes históricos dos *punitive damages* existentes no direito inglês medieval¹¹⁷, importância que se atesta nas semelhanças da disciplina da matéria nesses dois sistemas jurídicos, como no método de quantificação da indenização, a qual representava um múltiplo dos danos sofridos pela vítima¹¹⁸.

Ainda de modo semelhante ao que ocorreu em Roma, verificou-se uma derrocada da pena privada a partir do momento em que o direito inglês promoveu uma distinção clara entre a responsabilidade civil e a penal, sendo assim superadas as *amercements* tanto na seara criminal, onde deram lugar às multas, quanto na seara cível, onde foram substituídas pelos *compensatory damages*¹¹⁹.

Entretanto, diferentemente do que ocorreu no direito romano e nos sistemas jurídicos por ele fortemente influenciados, não tardaram a surgir na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos da América, julgados que, sem revitalizar as *amercements*, estabeleciam uma estrutura punitiva autônoma, determinando ao ofensor o pagamento não só dos *compensatory damages* mas também dos *punitive damages*¹²⁰.

Segundo explica Zitzner, foi em *Huckle v. Money* que se estabeleceu o primeiro precedente judicial em que foi contemplada na Inglaterra uma indenização punitiva no âmbito da responsabilidade civil¹²¹.

Nesse caso, um homem teve a sua residência invadida por um mensageiro do Rei, o qual lhe manteve preso por seis horas, sob a justificativa de que seria suspeito de imprimir material subversivo, sendo o invasor condenado à indenização em montante que o próprio juízo entendia superior ao necessário à mera reparação dos danos, justificando-se a quantificação na gravidade da violação à liberdade da vítima¹²².

Irresignado, o mensageiro recorreu às instâncias extraordinárias, sustentando a natureza unicamente reparatória da indenização na responsabilidade civil. Tal apelo

116. ZITZER, Kurt. Punitive damages: a cat's clavicle in modern civil law. *The John Marshall Law Review*, v. 22, n. 3, p. 657-684, mar.-jun. 1989, p. 660.

117. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 27-28.

118. BELL, Griffin; PEARCE, Perry. Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review*, v. 22, 1987, p. 3.

119. ZITZER, Kurt. Op. cit., p. 662.

120. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 31.

121. ZITZER, Kurt. Op. cit., p. 663.

122. ZITZER, Kurt. Op. cit., p. 663.

não obteve sucesso, todavia, apontando os julgadores que, diante da gravidade da conduta ilícita praticada, a condenação também deveria assumir uma função punitiva¹²³.

Esse tipo de indenização punitiva não tardou a se firmar no direito inglês e no direito americano, já tendo havido a consolidação dos *punitive damages* em ambos os sistemas jurídicos no século XIX¹²⁴.

No direito americano, é possível citar o emblemático julgamento *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, em que certo motorista, condutor de um veículo Ford Pinto, envolveu-se em acidente no qual seu automóvel restou envolto em chamas, ocasionando a morte do condutor e graves lesões ao passageiro¹²⁵.

Nesse caso, discutiu-se a grave reprovabilidade dos atos da companhia, que já tinha conhecimento da vulnerabilidade do veículo à combustão em caso de acidentes, motivo pelo qual foi condenada não apenas a reparar os danos sofridos, por intermédio de indenização reparatória no valor total de US\$ 2,516,000.00 (dois milhões, quinhentos e dezesseis mil dólares), sendo também arbitrada indenização punitiva no montante de US\$ 125,000,000.00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares), posteriormente reduzido em sede recursal para US\$ 3,500,000.00 (três milhões e quinhentos mil dólares)¹²⁶.

Tanto no direito inglês quanto no direito americano, condiciona-se o manejo da indenização punitiva ao atendimento de alguns requisitos.

Em primeiro lugar, tem-se como necessária a prática de um ato ilícito, normalmente de origem extracontratual, mas que pode ser também oriundo de inadimplemento contratual, caso este transcorra de modo flagrantemente abusivo ou fraudulento¹²⁷.

123. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 32.

O autor citado transcreve importante trecho do julgamento da House of Lords, ora traduzido livremente, e seguido do original:

“Entrar na casa de um homem respaldado por um mandado inválido, com a finalidade de buscar evidências, é pior do que a Inquisição Espanhola; direito sob o qual nenhum inglês gostaria de viver nem mesmo uma hora; trata-se de um gravíssimo ataque público às liberdades do indivíduo”.

“[t]o enter a man’s house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject”.

124. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 33-35; ZITZER, Kurt. Op. cit., p. 663.

125. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 47.

126. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003, p. 143-144.

127. SIMPSON, Laurence. Punitive damages for breach of contract. *Ohio State Law Journal*, v. 20, n. 2, 1959, p. 284.

Há de se destacar, igualmente, um critério de aplicação já existente nos primeiros casos em que os *punitive damages* foram manejados e até hoje vigente, qual seja, o de que nem todos os casos seriam compatíveis com a utilização da pena privada, mas tão somente aqueles em que houvesse uma especial reprovabilidade na conduta do infrator, verificada, inicialmente, em violações às liberdades pessoais, na Inglaterra, e em danos infligidos de forma dolosa e maliciosa, nos Estados Unidos da América¹²⁸.

Desta feita, são três os requisitos essenciais para a aplicação da indenização punitiva na tradição jurídica de *common law*: 1) prática de um ato ilícito, usualmente de natureza extracontratual; 2) seja especialmente reprovável a conduta do ofensor, não bastando a ilicitude de seu ato, mas sendo necessária, igualmente, a sua notável gravidade; 3) haja prejuízo à vítima, ainda que presumido.

Explicadas brevemente as peculiaridades da indenização punitiva adotada modernamente nos países de tradição jurídica de *common law*, é possível se constatar que a evolução dessa espécie de sanção pecuniária, bem como as suas peculiaridades e critérios de aplicação, impõe uma cuidadosa análise, principalmente quando se pretende, como ocorre atualmente no Brasil, a sua importação para uma ordem legal distinta, pertencente a uma outra cultura jurídica.

4.2. *A recepção da indenização punitiva na doutrina e na jurisprudência brasileiras*

Introduzidas brevemente as características e a evolução histórica dos *punitive damages* da tradição jurídica anglófona, volta-se a atenção à indenização punitiva no ordenamento jurídico pátrio, cuja construção, conforme já mencionado, colheu inspirações na disciplina que a matéria obteve no direito estrangeiro.

Nesse sentido, antes mesmo de se adentrar nas controvérsias existentes quanto à compatibilidade da indenização punitiva com o regramento atual da responsabilidade civil no direito brasileiro – estudo que será conduzido no próximo tópico –, será demonstrada qual a formulação doutrinária e jurisprudencial majoritária da temática.

Distinção fundamental entre a pena privada no direito brasileiro e os *punitive damages* do *common law* britânico e americano é o entendimento de que, na ordem jurídica pátria, a indenização punitiva seria aplicada exclusivamente nas hipóteses de danos morais, sendo incabível a sua utilização na sanção dos prejuízos de ordem material.

128. RUSTAD, Michael; THOMAS, Koenig. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American University Law Review*, v. 42, 1992, p. 1291.

Quanto a isso, Caio Mário da Silva Pereira aponta que a indenização por danos morais – diferentemente daquela oriunda de danos materiais – tem que atender a uma dupla finalidade, qual seja, a punição do infrator, desestimulando assim a prática de novas ofensas, e a compensação da vítima pelo dano suportado, que faz jus a uma quantia suficiente à reparação pela lesão sofrida ao seu patrimônio jurídico¹²⁹.

Critica-se tal explicação, pois a distinção entre a indenização reparatória e a indenização punitiva é também de estrutura, e não meramente de finalidade, eis que as funções punitiva e preventiva estão também presentes na quantia destinada a ressarcir¹³⁰, caracterizando-se a indenização punitiva exatamente por se tratar de uma estrutura indenizatória independente da reparação, a qual pune o ofensor em quantia superior à necessária a reparar os danos sofridos, assim prevenindo novas atitudes semelhantes¹³¹.

É majoritária a posição jurisprudencial no sentido de que a indenização punitiva é cabível em resposta a prejuízos imateriais¹³². Nesses julgados, verifica-se que é prevalecente entre os julgadores o entendimento de que a indenização por dano moral assume tanto uma função compensatória quanto punitiva, havendo a limitação dos *punitive damages* tão somente nos casos em que se constatar o enriquecimento sem causa da vítima, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se, ainda, outra importante particularidade da indenização punitiva, conforme formulada pela doutrina e pela jurisprudência predominantes no Brasil: a pena privada se constitui de critérios de quantificação da indenização, e não de estrutura indenizatória autônoma.

Ou seja, não se cogita de uma parcela separada da indenização reparatória, mas sim da mera utilização de critérios punitivos¹³³ – tais como a reprovabilidade da conduta e as condições pessoais da vítima e do ofendido – na quantificação do valor devido, não havendo qualquer discriminação de qual seria a quantia fixada a título de compensação e qual seria a quantia fixada a título de punição.

Ao se analisar essas peculiaridades da indenização punitiva na ordem jurídica brasileira se comparada com o sistema de *common law*, verifica-se, em primeiro

129. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 322-324.

130. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 845.

131. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 42.

132. Cf., por todos: STJ, REsp 210.101/PR, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, 4ª Turma, j. 20.11.2008, *DJe* 09.12.2008; STJ, REsp 1.014.624/RJ, rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3ª Turma, j. 10.03.2009, *DJe* 20.03.2009; STJ, AgRg no AREsp 467.193/RJ, rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 18.03.2014, *DJe* 28.03.2014.

133. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 14.

lugar, que a limitação da pena privada aos casos de danos morais não encontra nenhum paralelo com as previsões do direito inglês ou americano, pretéritas ou atuais, eis que esses ordenamentos sempre admitiram a aplicação da indenização punitiva tanto para ofensas ao patrimônio material quanto ao patrimônio imaterial das vítimas¹³⁴.

Em verdade, a semelhança mais próxima à realidade brasileira está no fato de que, ao tempo do surgimento da indenização punitiva nos sistemas jurídicos inglês e americano, era essa a única possibilidade de ressarcimento da vítima nos casos de prejuízos extrapatrimoniais, em função do entendimento – hoje já superado – de que a lesão moral seria irreparável, podendo o ofensor ser tão somente punido¹³⁵.

Jamais se verificou nos sistemas de tradição jurídica de *common law*, todavia, o afastamento da pena privada nas hipóteses de danos de natureza patrimonial¹³⁶, como ocorre no Brasil atualmente.

Outra significante distinção entre os *punitive damages* e a indenização punitiva brasileira é o fato de não haver, na ordem jurídica pátria, uma especificação de qual quantia é destinada à reparação do dano (indenização reparatória) e qual o valor destinado a punir o agressor (indenização punitiva).

Enquanto na Inglaterra e nos Estados Unidos há uma clara distinção estrutural entre os *compensatory damages*, de matiz predominantemente reparatória, e os *punitive damages*, de finalidade punitiva e preventiva¹³⁷, no Brasil, pelo fato de a indenização punitiva se consubstanciar em critérios de quantificação da indenização, não se tem qualquer distinção entre aquilo que se destina a reparar a lesão sofrida pela vítima e aquilo que se destina a punir o agressor.

Essa dessemelhança é especialmente importante por não se tratar de mera particularidade dessas duas espécies de indenização, mas de fator importante à própria operacionalização de cada um deles.

Com efeito, uma das principais críticas à indenização punitiva, na forma que é aplicada atualmente no Brasil, é o prejuízo que ela representa à segurança jurídica e ao controle das decisões judiciais, ao impossibilitar que as partes saibam qual parcela da indenização é predominantemente reparatória e qual é precipuamente punitiva¹³⁸.

134. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 251-252.

135. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 37-38.

136. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 251-252.

137. SCHWARTZ, Gary. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, v. 56, 1982, p. 133.

138. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 99.

Trata-se de constatação preocupante, pois, sem essa cisão, é inviável se discutir a insuficiência ou o excesso na quantificação, dificultando até mesmo a consolidação dos parâmetros judiciais utilizados em cada caso¹³⁹.

É possível se cogitar, por exemplo, de duas violações ao direito de imagem de alguém cujas extensões e cujo grau de reprovabilidade da conduta do ofensor sejam distintos, hipóteses nas quais o *quantum* indenizatório total pode até ser igual, mas certamente a indenização reparatória e a indenização punitiva não deveriam ser. Em tais casos, se não se distinguir as parcelas, como se tem feito no Brasil, as partes não serão capazes de verificar se a quantificação ocorreu de modo adequado.

Diante dessas distinções fundamentais na operacionalização e na própria estrutura da pena privada no Brasil e nos ordenamentos de tradição jurídica de *common law*, além de outras, cuja natureza eminentemente cultural não demanda maior análise, como o arbitramento da indenização punitiva por jurados¹⁴⁰, não é difícil se chegar à conclusão de que a suposta influência dos *punitive damages* na indenização punitiva brasileira é praticamente imperceptível.

Ora, no Brasil, aquilo que se convencionou chamar de indenização punitiva tem seu âmbito de atuação limitado, sendo apenas aplicável em matéria de danos morais, não passando de critério de quantificação, não sendo nem mesmo independente estruturalmente da indenização reparatória.

É tão diferente dos *punitive damages* do direito anglófono, portanto, que é difícil até mesmo de se identificar onde colheu inspirações nesse instituto – além da nomenclatura utilizada, é claro.

4.3. A controvérsia acerca da aplicação das indenizações punitivas no Brasil

Consoante o já exposto, não se pode admitir, ao se conduzir uma análise comparativa, que a mera utilização de critérios de quantificação de inspiração sancionatória seja tratada como indenização punitiva, como se tem feito no Brasil.

Apesar disso, tanto a indenização punitiva brasileira, nos termos em que é atecnicamente aceita pela doutrina e pelos tribunais pátrios, quanto uma possível formulação adequada suscitam divergências teóricas, apontando parte dos estudiosos da temática que a ordem jurídica pátria não seria compatível, neste momento, com a indenização exclusivamente sancionatória no âmbito da responsabilidade civil.

139. Também apontando a problemática da utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, mas sem desenvolver a matéria, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr.-jun. 2004, p. 73.

140. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 26.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

Verifica-se que os debates acerca desta matéria giram em torno de três aspectos fundamentais: a violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a violação ao princípio do *ne bis in idem* e a violação ao princípio da legalidade, discussões que se desdobram nos demais pontos controversos apontados por este autor.

4.3.1. A discussão acerca da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa

Uma das principais preocupações referentes à incorporação dos *punitive damages* ao direito brasileiro é a de que ela permita o enriquecimento sem causa da vítima.

Nesse sentido, verifica-se que a jurisprudência brasileira, apesar de reconhecer a utilização de critérios punitivos na quantificação da indenização por danos morais, aponta expressamente que o *quantum* indenizatório encontra limite, nesses casos, na vedação ao enriquecimento sem causa¹⁴¹. Isto é: a condenação do agressor deve superar a mera reparação dos danos, mas não pode ser tão elevada a ponto de enriquecer a vítima.

Informando o que se entende por enriquecimento sem causa, Caio Mário da Silva Pereira aponta que a disciplina da vedação ao locupletamento remonta ao direito romano, havendo sido incorporada – ainda que de modo diferente – por todas as codificações civis de tradição romano-germânica¹⁴².

No Brasil, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa está positivado no art. 884 do CC/02¹⁴³, sendo elevado a princípio geral do direito brasileiro, cujos efeitos se estendem a todas as relações de natureza obrigacional¹⁴⁴, ocorrendo sempre que a aquisição de valores padeça de causa jurídica eficiente que a justifique¹⁴⁵.

Para Arthur Nogueira Feijó, a indenização punitiva estaria em desencontro com o preceito em comento, pois, ao se conceder ao ofendido uma quantia superior àquela necessária ao seu ressarcimento, estar-se-ia permitindo, em verdade, que ele enriquecesse sem qualquer causa jurídica que justificasse o valor auferido em excesso¹⁴⁶.

141. STJ, REsp 210.101/PR, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, 4ª Turma, j. 20.11.2008, DJe 09.12.2008.

142. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 2, p. 271.

143. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. [...].

144. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

145. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 275-276.

146. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 114.

Falta razão ao raciocínio em comento, por desconsiderar que a fonte do enriquecimento discutido é a atuação do Judiciário, o qual, ao determinar o pagamento de certa quantia pelo agressor, funciona como causa jurídica legitimadora da indenização auferida pela vítima, afastando, portanto, a ocorrência do enriquecimento sem causa¹⁴⁷.

Não há que se falar, por conseguinte, de enriquecimento sem causa. O que se pode discutir, por outro lado, é se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, age de modo adequado o julgador que condena o ofensor ao pagamento de indenização punitiva.

Ou seja, o que se pode discutir é se a pena privada pode ou não ser aplicada, mas, caso se conclua pela possibilidade, não há mais que se cogitar do enriquecimento sem causa da vítima, já que a quantia auferida está legitimada, em geral, pela base legal da indenização, e, em específico, pela atuação do Judiciário no caso concreto¹⁴⁸.

Nesse sentido, Arthur Nogueira Feijó aponta que é possível se visualizar outras hipóteses de sanção punitiva no direito civil brasileiro, sem que se afirme que elas implicam em enriquecimento sem causa da vítima¹⁴⁹, citando como exemplo o art. 940 do CC/02¹⁵⁰ e o art. 42, parágrafo único, do CDC¹⁵¹.

Desse modo, transfere-se o debate da possível violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa à análise da compatibilidade da indenização punitiva com o direito brasileiro, isto é, da existência ou não de base legal para a pena privada.

Caso haja base legal para essa indenização, não há de se falar de enriquecimento sem causa, por se tratar de parcela legitimada pela ordem jurídica; de outro modo, caso não haja base legal, há, de fato, enriquecimento sem causa, porém não pelo fato de a vítima receber quantia superior à mera reparação do dano, mas sim por receber valor que não está juridicamente justificado.

147. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 229-230.

148. STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en as double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947, apud DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 844.

149. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 115.

150. Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

151. Art. 42. [...]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

4.3.2. A discussão acerca da possível violação ao princípio do *ne bis in idem*

Afirma-se, igualmente, que a indenização punitiva seria incompatível com o direito brasileiro por representar violação ao princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual o indivíduo não pode ser punido mais de uma vez pela mesma conduta¹⁵².

Essa objeção se desdobra em duas situações distintas nas quais haveria dupla condenação: 1) nos casos em que, além da incidência da pena privada, o ilícito fosse também penalizado na via penal ou administrativa; e 2) nas hipóteses em que o ilícito atingisse várias vítimas, a indenização punitiva, em cada um dos casos, representaria a punição do ofensor várias vezes pelo mesmo fato¹⁵³.

Quanto à primeira situação, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que grande parte dos danos extrapatrimoniais em que a indenização punitiva é viável – na opinião da autora, casos em que houver especial reprovabilidade da conduta do ofensor, bem como grave dano aos direitos de personalidade da vítima¹⁵⁴ – são também punidos pelo direito penal, representando a indenização punitiva, nesses casos, dupla penalização do ofensor, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio pelo princípio do *ne bis in idem*¹⁵⁵.

Em resposta a essa crítica, Arthur Nogueira Feijó ressalta que o direito brasileiro se pauta pela independência das instâncias cíveis, penais e administrativas, afirmando que é inteiramente cabível que o agressor seja sancionado pelo mesmo ilícito nessas diversas esferas, vedando-se tão somente a dupla penalização em cada uma delas¹⁵⁶.

Não se vislumbra, de fato, qualquer violação ao princípio do *ne bis in idem* nessa situação específica. Conforme também explicado por André Gustavo Corrêa de Andrade, é cediço que a cumulação de sanções punitivas é possível, desde que estas sejam impostas por instâncias distintas. Cita-se, como exemplo, a possibilidade de aquele que conduz veículo automotor sem possuir habilitação para tal ser punido por esse ato tanto na esfera penal, quanto na esfera administrativa¹⁵⁷, por força dos arts. 162 e 309 do CTB¹⁵⁸.

152. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 184.

153. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 209-210.

154. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 77.

155. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 74.

156. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 126-127.

157. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 248.

158. Art. 162. Dirigir veículo:

I – sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir:

Infração – gravíssima;

Penalidade – multa (três vezes) e apreensão do veículo; [...]

Em verdade, discorda-se até mesmo da sugestão de que os valores pagos a título de multa, no processo penal, sejam abatidos da quantia devida a título de indenização punitiva¹⁵⁹, por representar a compensação de quantias de instâncias independentes.

A segunda situação problemática, qual seja, a aplicação de múltiplas indenizações punitivas por uma mesma conduta, quando fossem várias as vítimas do ilícito praticado, trata-se mais de dificuldade de operacionalização da indenização punitiva que, propriamente, de questão afeita à possível dupla condenação do ofensor.

O equívoco está na compreensão de que uma única conduta que viola o patrimônio jurídico de várias vítimas representa, necessariamente, um único ilícito¹⁶⁰.

Pelo contrário, no caso, por exemplo, de uma conduta única de um agressor provocar danos em várias vítimas, há vários ilícitos – tanto civis quanto penais, vale ressaltar, caso seja o caso de conduta penalmente típica, em face da ocorrência de concurso formal de delitos¹⁶¹ –, de modo que seria absolutamente justificada a aplicação de indenização punitiva em cada um dos ilícitos cometidos pelo agressor.

É clara a dificuldade de operacionalização da pena privada nessas hipóteses, entretanto, tendo em vista que, a depender da quantidade de vítimas que pleiteiem em juízo indenizações punitivas, é possível que o agressor seja condenado a quantias exorbitantes, excedendo as finalidades da pena privada de punição do ofensor e de prevenção de novos atos para a ruína financeira deste.

Todavia, esse problema não é pertinente a uma possível violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas sim a uma carência de regramento da matéria. Com efeito, a problemática do concurso formal de crimes, semelhante à questão analisada, foi solucionada por meio do art. 70, do CPB¹⁶², no que se refere à pena privativa de liberdade, e do art. 72, do CPB¹⁶³, em se falando da pena de multa pecuniária.

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

159. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 211; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 248.

160. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 127-128; SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 212; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 235.

161. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 791.

162. Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. [...].

163. Art. 72 – No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Trata-se, portanto, de problema de operacionalização da indenização punitiva no direito brasileiro, ocasionada pela ausência de regramento legislativo da matéria, questão a seguir analisada.

4.3.3. A discussão acerca da possível violação ao princípio da legalidade

Das objeções ao cabimento da indenização punitiva no direito brasileiro que foram analisadas, tem-se que a mais contundente é a que afirma que a pena privada viola o princípio da legalidade, por carecer de previsão legal específica¹⁶⁴.

Consoante a explicação de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da legalidade, consagrado no adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* – nenhum crime, nenhuma pena sem lei –, implica que nenhuma conduta pode ser considerada crime ou pode ensejar a aplicação de pena sem que antes haja determinação legal nesse sentido¹⁶⁵.

Esse princípio, insculpido no art. 5º, XXXIX, da CF/88¹⁶⁶, impõe que todas as penas sejam precedidas de cominação legal, sendo inviável, no entender de parte da doutrina, que seja facultado ao julgador aplicar, no caso concreto, pena privada que não tem qualquer previsão na legislação infraconstitucional¹⁶⁷.

Em resposta às críticas de que a indenização punitiva representaria violação ao princípio da legalidade, há juristas que sustentam que não é necessária previsão legal específica para a aplicação da indenização punitiva¹⁶⁸.

André Gustavo Corrêa de Andrade afirma que a indenização punitiva não necessitaria de uma cominação legal prévia para ser aplicada, por possuir estrutura de condenação pecuniária, de modo semelhante à indenização reparatória, bem como por tutelar a dignidade da pessoa humana¹⁶⁹.

Não nos parece adequado, todavia, o posicionamento do autor.

164. Também entendendo ser essa a principal crítica ao instituto no Brasil, cf. FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 129.

165. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 50-51.

166. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...].

167. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 73; FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 137; SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 215.

168. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 238-239.

169. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 238-239.

Em primeiro lugar, a afirmação de que “a sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submete a todas as restrições feitas às demais sanções penais”¹⁷⁰ não subsiste à própria análise da legislação penal brasileira, eis que, nessa seara, as multas pecuniárias também se submetem ao princípio da legalidade, prevendo especificamente o art. 32 do CPB¹⁷¹ que uma das penas admitidas no direito brasileiro é a de multa.

Contribui para esse entendimento, vale destacar, a própria explicação do doutrinador, o qual, ao afirmar que “a condenação ao pagamento de uma indenização e a condenação ao pagamento de uma multa diferenciam-se pelos fundamentos e pela finalidade, mas não pela forma”¹⁷², explica exatamente o porquê de a pena privada também se submeter ao princípio da legalidade: independentemente da forma que a punição toma, deve ser ela precedida por lei, pois a exigência de cominação legal prévia aplica-se ao gênero das penas, e não a apenas uma das espécies de punição.

Conforme já explicado anteriormente, a distinção da indenização reparatória e da indenização punitiva é que, enquanto aquela é precipuamente ressarcitória, sendo quantificada em valor limitado ao prejuízo sofrido, esta é nitidamente punitiva, sendo quantificada em valor superior ao necessário à reparação do dano, de modo a retribuir o mal causado pelo ofensor, e evitar que novas práticas semelhantes se repitam.

Trata-se inegavelmente de duas estruturas indenizatórias – assim como a multa pecuniária do direito penal –, distanciando-se, contudo, pelas finalidades preponderantes – uma é predominantemente reparatória, ao passo que a outra é punitiva –, e, consoante explicação de Pedro Ricardo e Serpa, o que distingue as sanções não é a forma por elas assumida, mas sim as suas finalidades¹⁷³.

Não se cogita de nenhuma pena no direito brasileiro, seja de natureza penal, seja de natureza privada, seja até mesmo de natureza processual, que não esteja prevista expressamente na lei, constatando-se a atenção do legislador ao princípio constitucional da legalidade¹⁷⁴. Exemplificando o que se afirma, cita-se a pena de perda dos direitos hereditários daquele que sonega bens no curso do inventário, prevista

170. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 239.

171. Art. 32 – As penas são:
I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – de multa.

172. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 239.

173. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 220.

174. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 220-221; FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p. 129.

no art. 1.992 do CC/02¹⁷⁵, bem como a multa por litigância de má-fé, instituída no art. 81 do CPC/15¹⁷⁶.

Equivocado, igualmente, o entendimento de que a prévia cominação legal seria desnecessária, pois o valor da indenização punitiva, assim como frequentemente ocorre nos casos de indenização reparatória, não seria previamente conhecido, dependendo de um juízo de proporcionalidade a ser realizado pelo magistrado¹⁷⁷.

Ora, a dificuldade de quantificação não é exclusiva da indenização por danos morais, e, muito frequentemente, os prejuízos materiais são liquidados com fundamento em juízos de proporcionalidade, os quais os determinam por aproximação¹⁷⁸.

Há confusão, no entanto, pelo fato de a discussão acerca do cabimento da pena privada não versar acerca da necessidade de quantificação da indenização por meio de um juízo de proporcionalidade, mas sim acerca dos parâmetros e das finalidades que devem orientar esse juízo.

O que se questiona, em verdade, é se o juiz só pode prever uma indenização reparatória, cuja quantificação está adstrita à busca pela reparação dos prejuízos, ou se também pode prever indenização punitiva, por meio de parcela destinada a punir o agressor, orientadas pelas peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, a necessidade de a indenização ser arbitrada por meio de aproximação, nos frequentes casos em que não puder ser quantificada de modo exato, não tem qualquer relação com a discussão acerca das estruturas indenizatórias cabíveis no direito brasileiro e com o método e os critérios de quantificação a elas aplicáveis; e, no que tange a esta última discussão, o que se verifica é que a estrutura indenizatória de natureza punitiva, assim como as demais penas, deve ser estabelecida por lei para ser aplicável.

Já no que tange ao argumento de que a indenização punitiva deveria prevalecer, por funcionar como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana, André Gustavo Corrêa de Andrade afirma que “há situações nas quais os direitos da

175. Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

176. Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. [...].

177. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 240.

178. Nesse sentido, cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 66; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 434-435.

personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e de terceiros¹⁷⁹.

O jurista cita casos em que seja vantajosa, economicamente ou segundo a apreciação subjetiva do agressor, a perpetuação da atuação ilícita, hipóteses nas quais, a seu ver, em não havendo a aplicação de indenização punitiva, os direitos da personalidade dos indivíduos restarão desamparados, violando-se, assim, o imperativo constitucional de tutela da dignidade humana¹⁸⁰. É impreciso, no entanto, esse posicionamento.

Como também nota Pedro Ricardo e Serpa, ignora-se completamente que o princípio da legalidade tem como fundamento, do mesmo modo, a proteção à dignidade da pessoa humana, protegendo o indivíduo de sanções arbitrárias, que não tenham sido legalmente cominadas¹⁸¹.

Nesse sentido, Marcela Alcazas Bassan ressalta que o princípio da legalidade é garantia ao jurisdicionado de que o poder punitivo do Estado não será manejado em seu desfavor fora dos casos previstos tipicamente no ordenamento jurídico, o que afastaria a aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro¹⁸².

Além disso, a argumentação de que a indenização punitiva é necessária à melhor tutela dos direitos da personalidade, independentemente de ser ou não acertada, é insuficiente à superação do obstáculo representado pela ausência de base legal dessa espécie de indenização, servindo tão somente como sugestão ao legislador, este sim, constitucionalmente competente para incorporar instrumento de tutela da dignidade humana à ordem pátria por meio do processo legislativo.

Por fim, a afirmação de que a tutela da dignidade humana é inviabilizada pela ausência de uma indenização punitiva no direito brasileiro afronta a própria evolução histórica da responsabilidade civil, cuja análise, realizada anteriormente, permite concluir que a proteção às vítimas e a humanização do instituto, com fulcro na solidariedade social, estão diretamente relacionadas à derrocada de seu caráter punitivo, com a subsequente ascensão do caráter reparatório que é até hoje predominante.

Em verdade, os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica têm caminhado historicamente em direção à mitigação do caráter punitivista da responsabilidade civil, privilegiando-se a reparação crescente dos anos.

179. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 245.

180. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...].

181. SERPA, Pedro Ricardo e. Op. cit., p. 223-224.

182. BASSAN, Marcela Alcazas. Op. cit., p. 82.

Trata-se, conforme já se afirmou anteriormente, de uma prevalência da solidariedade social como fundamento do instituto, em detrimento da moralidade privada que inspirava a clássica teoria da culpa e hoje inspira os anseios de indenização punitiva.

Estando claramente identificado o rumo em que o direito civil brasileiro vem caminhando ao longo da história, é incabível que a doutrina ou a jurisprudência pretendam, subitamente, proceder com uma abrupta mudança nos rumos que a responsabilidade civil vinha tomando, resgatando uma pena privada aplicável à generalidade dos casos a qual estava proscrita há milênios, com fulcro em um fundamento individualista cujo último pilar – a teoria da culpa – está em franca derrocada.

Não se nega, vale destacar, que é viável a instituição da indenização punitiva no Brasil, mas se entende que uma alteração de tamanha importância no instituto da responsabilidade civil, contrária aos próprios caminhos que os sistemas jurídicos romano-germânicos vêm percorrendo, não pode ser instituída por mera construção jurisprudencial, demandando o exercício da atividade legislativa¹⁸³.

Essa discussão, acerca da conveniência da incorporação da indenização punitiva ao direito brasileiro, escapa, contudo, dos objetivos do presente trabalho.

Diante do exposto, há de se concluir que o argumento vago e impreciso de que a indenização punitiva tutela a dignidade da pessoa humana não é capaz de afastar a clara violação representada à ordem jurídica instituída atualmente no Brasil.

Com efeito, tanto uma estrutura indenizatória autônoma cuja natureza seja punitiva quanto a utilização de critérios de quantificação de inspiração punitiva são absolutamente incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, por representarem a aplicação de penas sem a cominação legal necessária.

Imperioso, portanto, que a indenização punitiva, caso desejável, seja incorporada à ordem jurídica pátria por meio de alteração legislativa, a qual a operacionalize, permitindo um mais seguro e técnico manejo das penas privadas no direito brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível concluir o que segue:

1. Foi no direito romano que se concretizaram alguns dos principais marcos evolutivos da responsabilidade civil, sobretudo a ascensão da culpa como fonte do

183. Nesse sentido, existem dois projetos de lei que tratam da matéria no Brasil atualmente, quais sejam, o PL 699/2011 e o PL 3.880/2012.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

instituto, por força da *Lex Aquilia*, e a derrocada da pena privada, fixada em valores fixos, sem correspondência com os prejuízos sofridos, substituída pela indenização reparatória.

2. No direito medieval, o elemento culpa ganhou protagonismo, sofrendo influência da doutrina cristã para se tornar verdadeira marca de moralidade, com viés claramente punitivo, de reprovação da conduta pecaminosa.

3. A ascensão da responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco, representou a valorização da solidariedade social no âmbito da responsabilidade civil, concedendo-se mais importância à reparação dos danos que à comprovação de que o responsável agira de modo reprovável – há, portanto, privilégio da solidariedade social em desfavor da moral privada individualista.

4. Constata-se que, ao longo da história, o instituto vem, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, preterindo a moralidade privada e as suas implicações punitivistas em favor da solidariedade social e do intuito de reparar plenamente os danos sofridos, retornando-se as partes envolvidas no evento danoso à situação anterior.

5. Entendida a função de um instituto como o conjunto de exigências performativas resultantes de um sistema, seja para os seus elementos, para que se caracterizem como tal, seja para o próprio sistema, garantindo a sua identidade, verifica-se que é possível se considerar como funções da responsabilidade civil a reparação do dano sofrido, a punição do agressor e a prevenção de novas condutas semelhantes.

6. A função reparatória da responsabilidade civil tem sido prevalecente, sobretudo diante da derrocada da pena privada no direito romano e da crescente superação da culpa como fonte do instituto em análise, estando consubstanciada no princípio da reparação integral, segundo o qual a indenização não pode corresponder nem a valor inferior nem a valor superior ao dano, estando vinculada à sua exata medida.

7. A função punitiva da responsabilidade civil tem sido, ao longo dos últimos séculos, coadjuvante da função reparatória, sendo inegável, todavia, a sua subsistência no instituto, verificando a sua aplicação no direito brasileiro, por exemplo, tanto em hipóteses nas quais é autonomamente prevista, como no caso da cláusula penal, quanto de modo reflexo, nas indenizações reparatórias.

8. A função preventiva da responsabilidade civil também tem sido historicamente preterida em face da função reparatória do instituto, ressaltando-se que a indenização punitiva representa uma estrutura indenizatória autônoma que assume tanto função punitiva quanto função preventiva.

9. Constatou-se que, no direito anglófono, são requisitos da aplicação dos *punitive damages* a prática de um ato ilícito, usualmente de natureza extracontratual; a

especial reprovabilidade da conduta do ofensor, sendo necessário que seja de notável gravidade; e a ocorrência de prejuízo à vítima, ainda que presumido.

10. A indenização punitiva tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, havendo precedente no sentido de que, nos casos de violação extrapatrimonial, é cabível a aplicação da pena privada, limitando-se tal a quantificação tão somente na vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

11. Apesar de supostamente ter sido influenciada pelos *punitive damages*, a indenização punitiva brasileira guarda várias distinções com o instituto da tradição jurídica de *common law*, entre as quais a aplicabilidade restrita aos casos de danos morais, que não encontra paralelo no direito inglês ou no direito americano, e o fato de que a pena privada, no Brasil, não passa de critérios de quantificação da indenização, não consistindo, portanto, de estrutura indenizatória autônoma.

12. São várias as críticas à aplicabilidade da pena privada no ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de debate que merece a atenção da doutrina, e que se desenvolve em torno de três principais críticas, quais sejam, a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio do *ne bis in idem*; e a afirmação de que a indenização punitiva violaria o princípio da legalidade.

13. No que se refere ao argumento de que a indenização punitiva violaria o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, afirma-se que, ao se conceder à vítima quantia superior à necessária à reparação do dano sofrido, ter-se-ia o seu enriquecimento sem causa. Falta razão, no entanto, a esse tipo de alegação, pois a causa jurídica a explicar o enriquecimento da vítima, nesse caso, seria a base legal da indenização punitiva, deslocando-se a discussão, portanto, à possível violação ao princípio da legalidade.

14. A posição de que a indenização punitiva representaria violação ao princípio do *ne bis in idem*, por outro lado, desdobra-se em duas linhas: 1) haveria dupla condenação quando a punição na esfera cível se somasse a outra sanção de natureza administrativa ou penal; 2) haveria dupla condenação quando uma única conduta vitimasse vários indivíduos, sendo o ofensor então condenado múltiplas vezes pelo mesmo ato. Não se vislumbra a violação ao princípio do *ne bis in idem*, porque há no direito brasileiro independência entre as instâncias cíveis, penais e administrativas, sendo possível a acumulação de sanções nessas searas sem que haja a dupla condenação. Além disso, o agressor que, por uma única conduta, lesa vários indivíduos, pratica também vários ilícitos, devendo ser sancionado com mais rigor, a exemplo do que ocorre na seara penal, sendo necessário se discutir tão somente os critérios de punição nesses casos.

15. Por fim, no que se refere à possível violação ao princípio da legalidade, tem-se entendimento no sentido de que, tratando-se a indenização punitiva, por

definição, de uma pena, está ela submetida ao imperativo de que sua instituição ocorra pela via legal, o que não ocorreu no caso brasileiro, inexistindo base legal para a pena privada no Brasil.

16. Pretendendo refutar tal argumento, tem-se posição doutrinária no sentido de que o princípio da legalidade não se aplicaria à pena privada, seja por assumir estrutura de sanção pecuniária, seja por tutelar a dignidade da pessoa humana.

17. Não se entendem corretos os argumentos que pretendem excepcionar a indenização punitiva do princípio da legalidade, pois a sua estrutura de sanção pecuniária não altera a sua natureza punitiva. A exemplo do que ocorre nas multas penais e nas demais penas – processuais ou privadas, por exemplo –, impõe-se a prévia cominação legal.

18. O princípio da legalidade também tem fundamento na dignidade da pessoa humana, servindo de limite ao manejo, por parte do Estado, de seus instrumentos punitivos.

19. Apenas ao legislador incumbe a instituição de instrumentos jurídicos destinados à proteção da dignidade da pessoa humana, sobretudo no caso analisado, em que se pretende uma alteração dos rumos históricos trilhados pelo direito brasileiro em matéria de responsabilidade civil.

20. A indenização punitiva é, portanto, incompatível, neste momento, com a ordem jurídica brasileira, por representar a aplicação de pena sem cominação legal, devendo haver a incorporação do instrumento jurídico analisado à ordem jurídica pátria, caso se entenda desejável, por meio de alteração legislativa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

BASSAN, Marcela Alcazas. *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BELL, Griffin; PEARCE, Perry. Punitive damages and the tort system. *University of Richmond Law Review*, v. 22, 1987.

BELLI SENIOR, Melvin. Punitive damages: their history, their use and their worth in present-day society. *UMKC Law Review*, v. 49, n. 1, 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Editoria Coimbra, 2008, v. 3.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito civil punitivo: do dano moral punitivo à idealização de uma causa geral de multa civil*. Fortaleza: DIN.CE, 2015.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GIANCOLI, Brunno Pandori. *Função punitiva da responsabilidade civil*. 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GOUVEIA, Roberta Correa. *Limites à indenização punitiva*. 127 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- GRIVOT, Débora. Limites ao valor da indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HUGUENEY, Louis. *La peine privée en droit actuel: quelques observations de droit maritime, de droit international, et de droit civil comparé*. Paris: LGDJ, 1996.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. *Revista Forense*, v. 86, p. 548-560, 1941.
- KRUMMENAUER, Maria Carolina. *Punitive damages na sociedade de hiperconsumo*. 2015. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MASSEY, Calvin. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history. *Vanderbilt Law Review*, v. 40, n. 6, nov. 1987.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 5. ed. Paris: Editions Montchrestien, 1957. t. 1.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr.-jun. 2004.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Forense: 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 2.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 8, p. 115-137, jul.-set. 2016.
- RUSTAD, Michael; THOMAS, Koenig. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American University Law Review*, v. 42, 1992.
- SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1897.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e o arbitramento equitativo da indenização por dano moral no código civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SCAFF, Fernando Campos; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Da culpa ao risco na responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHWARTZ, Gary. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, v. 56, 1982.
- SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962.

SIMPSON, Laurence. Punitive damages for breach of contract. *Ohio State Law Journal*, v. 20, n. 2, 1959.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENTURI, Thaís. *A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ZITZER, Kurt. Punitive damages: a cat's clavicle in modern civil law. *The John Marshall Law Review*, v. 22, n. 3, p. 657-684, mar.-jun. 1989.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico, de Marcelo F. Fortuna e Danilo Leme Crespo – *RDPriv* 79/131-161 (DTR\2017\2144);
- A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos, de Fábio Antunes Gonçalves – *RDPriv* 78/145-168 (DTR\2017\1585);
- Notas sobre a responsabilidade civil na atualidade e a sua função punitiva, de Luiz Henrique Sapia Franco – *RT* 951/105-138 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/605-638 (DTR\2014\20984);
- Punitive damages no direito brasileiro, de Luciana de Godoy Penteado Gattaz – *RT* 964/191-214 (DTR\2016\231); e
- Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages, de Silvano José Gomes Flumignan – *RT* 958/119-147 (DTR\2015\10819).