

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹
Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a evolução da responsabilidade civil e a possibilidade de aplicação da punição como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e prevenção de danos. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às funções da responsabilidade civil para estabelecer a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, com a aplicação da função punitiva nas ações de danos morais enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e punir o ofensor, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das funções da responsabilidade civil desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o de prevenção e sobre as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira em torno da possibilidade de aplicação de medidas punitivas diante da limitação do modelo de reparação e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, a aplicação da função punitiva já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa interferência na vida em sociedade, com a construção de uma realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial no contexto da responsabilidade civil, ficou evidente a discussão sobre o alargamento das funções desse ramo do direito civil.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, e por diversos trabalhos de pesquisa sobre o tema, defendem abertamente que a constitucionalização do direito civil deflagrada pela Constituição Federal de 1988, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, a aplicação da punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, que a função reparatória não tem amplitude necessária para a proteção do conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para uma função punitiva de caráter preventivo, sob pena de descaracterização do instituto e da apropriação do campo de atuação de outras áreas do direito.

Exatamente no sentido de esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade ou não de aplicação da função punitiva, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Tornou-se o objetivo geral descrever a evolução da responsabilidade civil e a construção doutrinária que permite a aplicação da punição como elemento essencial da efetivação da função preventiva.

A presente pesquisa se justifica no sentido de apurar se é possível, no ordenamento brasileiro, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar a prevenção através do desestímulo a comportamentos lesivos.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo do desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção,

identificar e analisar as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção mediante a interpretação da doutrina, e o caráter pedagógico da punição.

A metodologia aplicada foi a de finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada de doutrina, artigos científicos, jurisprudência e legislação.

Foi analisado o contexto que estabeleceu a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro.

Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava o indivíduo e o patrimônio; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação da dignidade da pessoa e do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante da falta de efetividade do “princípio da restituição” frente à concretização da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

Sequenciadamente, o artigo passou a tratar da transição entre o modelo focado na reparação para um modelo de prevenção contra danos. Evidenciado, após a constitucionalização dos direitos civis, que a responsabilidade civil não poderia estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Por último, foi analisada a possibilidade de aplicação de uma função punitiva como mecanismo capaz de promover a prevenção contra danos. Foram abordados o surgimento no direito romano, a evolução até a construção dos punitive damages, a adaptação dada nos sistemas de civil law, a fundamentação que autoriza e as limitações impostos pelo sistema normativo brasileiro segundo a interpretação doutrinária.

1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A Responsabilidade Civil é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil

de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento.

Inicialmente, a responsabilidade civil foi desenvolvida no Brasil, à partir do Código Civil de 1916, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A reparação do ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002)

Atualmente, após a Constituição de 1988, a função da responsabilidade civil é estabelecer a reparação integral do ofendido, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse “princípio da restituição” é o balizador do conceito de responsabilidade civil do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que a fixação de toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, a responsabilidade civil tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no *status quo ante*.

O apego ao “princípio da restituição” atrela o campo de atuação da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização civil e a responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da responsabilidade.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo de responsabilidade civil, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas

de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva da responsabilidade civil. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da aplicação das normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural da responsabilidade civil calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir a necessidade de um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões (DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social da responsabilidade civil sem abandonar seus elementos estruturais essenciais.

Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto em razão da sua função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, “a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, isto é a sua razão de ser” (*apud* RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma em que o direito ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade nas relações jurídicas. O sistema jurídico deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, 2020, p.21).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações”, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos do instituto e aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde “o

ordenamento jurídico torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração”.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões levando em conta também os seus efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece no direito brasileiro, com a constitucionalização do direito civil e conseqüente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, que promove uma personalização e despatrimonialização da responsabilidade civil.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar os mecanismos de proteção, ampliando as funções da responsabilidade civil. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar a tutela de direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas funções da responsabilidade civil, de maneira que fosse possível prevenir os danos, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, já que a certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas reincidentes.

Embora pacificada, a compreensão da responsabilidade civil como meio de proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

I. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito mais do que uma função meramente reparatória da responsabilidade civil. Foram muitas as situações em que a reparação não permitia a superação das conseqüências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas

lesivas o suficiente para dar respostas consonantes com os princípios constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução das funções da responsabilidade civil ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com a violação a direitos fundamentais que invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela constitucionalização do direito civil predispõem uma compreensão de valorização da pessoa e interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia a responsabilidade civil manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem que se deve dar à função preventiva deve ter como norte principal a tutela da vítima em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade da aplicação da função preventiva no direito brasileiro, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um “giro conceitual”, que se dá pela perda da importância do reconhecimento da culpa e da configuração de ilicitude na verificação do dano, para focar na reparação da vítima ao invés de buscar a reprovação do ofensor, permitindo a tutela de novos interesses e configuração de novos tipos de danos, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (*apud* RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à constitucionalização do direito, que traduz a robustez e necessidade da aplicação do modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor das indenizações no lucro das empresas, sintoma da socialização dos riscos. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia a necessidade de privilegiar o princípio da prevenção na responsabilidade civil (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde a ordem jurídica deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna na esfera dos direitos fundamentais, traz a prevenção como instrumento efetivo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, para prevenir a recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores que a doutrina considera autorizadores da função preventiva, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico se traduz em um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta os princípios da prevenção, contra riscos conhecidos e determinados, e da precaução, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85)

Neste sentido foi elaborado o enunciado n. 446, na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011:

Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade

Tereza Ancona Lopez segue em defesa da aplicabilidade da função preventiva e afirma que são elementos autorizadores a exposição a risco de dano irreversível e efetiva ameaça de dano que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos da possibilidade de lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção de que as condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações da responsabilidade civil. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169).

Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar da responsabilidade civil a reparação, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da ocorrência do dano levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita, que são campos distintos da

responsabilidade e com diferentes formas de atuação, nas quais o cumprimento de determinados deveres impedem a concretização do dano e o dever de indenizar. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.)

Crítico à ampliação de funções da responsabilidade civil, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à outras áreas do direito, cabendo à responsabilidade civil o dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano, não anterior a ele.

Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto a ausência de reparação quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende a possibilidade de atuação preventiva da responsabilidade civil de forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar *ex post* (após o dano) e não de forma direta, *ex ante* (antes do dano). Alega que a previsão normativa é clara no sentido de que o instituto é um remédio aplicado para atuar após a ocorrência do dano. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano, cit., p. 104)

Dentre os argumentos contrários à aplicação da função preventiva da responsabilidade civil, os mais relevantes apontam a impossibilidade de responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, a inexistência de instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação de uma função preventiva repercutiria no dever de indenizar.

Essa vertente de posicionamento conclui que a função preventiva deveria atuar conjuntamente com a função reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005)

Enquanto prevalece a discussão sobre a distinção sobre os campos de atuação na esfera civil e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal a punição, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência de uma função sobre a outra – reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos.

Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa da função punitiva nas situações sobre o tema do dano moral, inexistente um consenso acerca da sua

aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

II. A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem no direito romano. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana que o direito romano procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica do sistema de *civil law*. A Inglaterra (sistema de *common law*), porém, não abandonou por completo o modelo romano de pena privada. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do *Statute of Councester*, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina dos *punitive damages*. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos ao mesmo tempo, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de *civil law*, aplicam-se os *punitive damages* às situações de lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, motivo pelo qual não poderiam ser aplicados na responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Também não podem ser aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados pela Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, a discussão sobre o caráter preventivo (*deterrence*) e punitivo (*punishment*) está atrelado ao dano extrapatrimonial (dano moral) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do *punitive damages* foi denominada de Teoria do Valor do Desestímulo. Sua aplicação está voltada para a punição do ofensor com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando a prevenção e assegurando

a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil através de um caráter punitivo pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação de culpa do ofensor.

Apesar da falta de análise sistemática, a Teoria do Valor do desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (Superior Tribunal de Justiça). A menção sobre o caráter punitivo nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda não podem ser determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria do Valor do desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de *civil law*, segue o modelo francês de responsabilidade civil corretiva, onde há reparação do dano, com a obrigação de reestabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém o controle da punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o “status quo ante”.

O dano moral, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. Também não há previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos para a fixação das indenizações por dano moral terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações concretas, mediante a análise de critérios que envolvem a gravidade do fato, a culpa do agente, a culpa concorrente da vítima, o sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, por outro lado, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão a função punitiva.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor na condenação.

A possibilidade para aplicação da função punitiva, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões a direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países do sistema de *civil law*.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade do Estado de regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos de responsabilidade civil com os punitive damages.

Nos dias atuais, a percepção da necessidade de uma mudança de paradigma que incorpore uma função punitiva da responsabilidade civil, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, ao dever de cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, a função punitiva e pedagógica se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes de condutas lesivas ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários mofam em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais

de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, parte da doutrina entende que a fixação da indenização deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à extensão do dano (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido com a conduta danosa), que eleve o sentimento de perda do ofensor e dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

“Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.”

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pois não permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, *in verbis*:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos “punitive damages”. ‘Punitive damages’ (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “punitive damages” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento

operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre a função punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz parte da doutrina que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. *Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo*. N.º 7. *Juris Síntese*. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária na doutrina e jurisprudência que reconhece a função punitiva da indenização por dano moral como extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação do artigo 944 do Código Civil. Para a doutrina majoritária, a limitação do artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência da função punitiva para tutelar os interesses da sociedade diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva “quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave

- e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita”. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem a função punitiva e pedagógica das indenizações por dano moral. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países do sistema de *civil law* como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade punitiva e preventiva, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações por danos extrapatrimoniais.

A ampliação das funções da responsabilidade civil não está limitada às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as indenizações punitivas, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam a função punitiva pedagógica da indenização, onde fica evidente a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo e ao reconhecimento de que a legislação constitucional não afasta a possibilidade de se reconhecer essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado da necessidade de punição do comportamento lesivo devido às consequências para a sociedade. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para o arbitramento do valor da indenização com caráter compensatório e punitivo, observando as condições pessoais e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade, as peculiaridades de cada caso, a preocupação com o enriquecimento ilícito, bem como o desestímulo do ofensor a repetir o ato ilícito, servindo assim à uma espécie de pena privada nos moldes dos *punitive damages*. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de responsabilidade civil amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar

da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização da pessoa humana e dos conceitos de solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o sistema de civil law, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico de que o modelo de proteção se daria no caso concreto, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber que, apesar das inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização da ordem jurídica, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial da responsabilidade civil como instrumento indispensável para concretizar a proteção da pessoa humana em sua dimensão social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, enriquecimento sem causa e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e de proteção da sociedade que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais e que a responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal que tem tipicidade fechada, pois opera por meio de cláusulas gerais onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la o juiz deve verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há nexos causal entre o dano e determinada ação ou omissão, se há culpa e se é o caso de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era reparar o dano, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada os princípios constitucionais através do diálogo entre a função social da responsabilidade civil e sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano**, cit., p. 98-99). No mesmo sentido, vide Díez-PICAZO, Luis Maria. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. **PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito**, Boletim da Faculdade de Direito, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva** / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. **PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica**. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>>, acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. **Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano**. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SCHREIBER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 12, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **O futuro da responsabilidade civil**. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24 (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. **Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro**. Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.

Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Versão do CopySpider: 2.2.2
 Relatório gerado por: fabriciomarins2@gmail.com
 Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/505/379	472	2,32
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/115511/113092/211002	469	2,05
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336745/a-doutrina-dos-punitive-damages-e-a-fixacao-dos-danos-morais-no-sistema-de-justica-brasileiro	105	1,20
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/19843/2/Tese - Matheus Meott Silvestre - 2022 - Completa.pdf	593	0,79
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf	920	0,69
TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx X http://www.google.com.br/url?esrc=s	0	0,00
Arquivos com problema de download		
https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/478755167/inteiro-teor-478755177	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/478755167/inteiro-teor-478755177	
https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout25anos/article/download/1117/1051	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout25anos/article/download/1117/1051	
https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos/405788006	Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/responsabilidade-civil-resumo-doutrinario-e-principais-apontamentos/405788006	



<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/entenda-a-responsabilidade-civil/600701813>

Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL:
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/entenda-a-responsabilidade-civil/600701813>



=====

Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Arquivo 2: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/505/379> (15063 termos)

Termos comuns: 472

Similaridade: 2,32%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/505/379> (15063 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a **evolução da responsabilidade civil**, e a **possibilidade de** aplicação da punição como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e **prevenção de danos**. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às **funções da responsabilidade civil para estabelecer a** efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, com a **aplicação da** função punitiva nas ações de danos morais enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e punir o ofensor, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução **das funções da responsabilidade civil** desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o **de prevenção e** sobre **as possibilidades de** aplicação da função punitiva, **como instrumento de** prevenção, mediante a interpretação **da doutrina**. A problematização da pesquisa gira **em torno da possibilidade de aplicação de** medidas punitivas diante da limitação do modelo de reparação e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, **a aplicação da** função punitiva já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: **RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa



interferência na vida em sociedade, com a construção de uma realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial no contexto da responsabilidade civil, ficou evidente a discussão sobre o alargamento das funções desse ramo do direito civil.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, e por diversos trabalhos de pesquisa sobre o tema, defendem abertamente que a constitucionalização do direito civil deflagrada pela Constituição Federal de 1988, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, a aplicação da punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, que a função reparatória não tem amplitude necessária para a proteção do conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para uma função punitiva de caráter preventivo, sob pena de descaracterização do instituto e da apropriação do campo de atuação de outras áreas do direito.

Exatamente no sentido de esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade ou não de aplicação da função punitiva, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava o indivíduo e o patrimônio; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação da dignidade da pessoa e do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante da falta de efetividade do princípio da restituição frente à concretização da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou impede a aplicação de uma função punitiva de caráter preventivo no direito brasileiro em face da evolução da responsabilidade civil.

A presente pesquisa se justifica no sentido de apurar se é possível, no ordenamento brasileiro, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar a prevenção através do desestímulo a comportamentos lesivos. Sequenciadamente, a problematização trazida se propõe a esclarecer se a prevenção contra danos, após a constitucionalização dos direitos civis, pode ou não estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever a evolução da responsabilidade civil e a construção doutrinária que permite a aplicação da punição como elemento essencial da efetivação da função preventiva.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo do desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção, identificar e analisar as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção mediante a interpretação da doutrina, e o caráter pedagógico da punição. A metodologia aplicada foi a de finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de dados empíricos.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO



A **Responsabilidade Civil** é o **ramo do direito** que busca a reparação **pelo dano causado** por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo **Código civil de 2002**, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo **o que se** perdeu, dando **o que se** deixou de lucrar ou compensando o sofrimento.

Inicialmente, **a responsabilidade civil** foi desenvolvida no Brasil, à partir **do Código Civil de 1916**, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo **Código Civil Francês**. **A reparação do** ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a Constituição de 1988, **a função da responsabilidade civil** é estabelecer **a reparação integral do ofendido**, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da Constituição Federal.

O **Código Civil de 1916** trazia **o conceito de** responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse **princípio da restituição?** é o balizador do conceito **de responsabilidade civil** do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento **de que a** fixação de **toda e qualquer** indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de **Direito, a responsabilidade civil** tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no **status quo ante**.

O apego **ao princípio da restituição?** atrela o **campo de atuação da** responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força **no direito que** permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização **civil e a** responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área **de atuação de cada campo da responsabilidade**.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo **de responsabilidade civil**, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva **da responsabilidade civil**. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) **e a tutela** constitucional dos **direitos da personalidade** (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da **aplicação das normas** jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural **da responsabilidade civil** calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também **a possibilidade de** sua superação como elemento imprescindível, ao admitir **a necessidade de** um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes **de evitar a ocorrência de** lesões (DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social **da responsabilidade civil sem** abandonar seus elementos estruturais essenciais.



Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto em razão da sua função, colocando no centro da discussão **o interesse tutelado** como, segundo Salvatore Pugliatti, **“a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, isto é a sua razão de ser”** (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista **passa a ter** prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma **em que o direito** ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade nas relações jurídicas. O sistema jurídico deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo **ao direito, que** passa, segundo Ricardo Pizzol, a **direcionar comportamentos e promover transformações?**, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos **do instituto e** aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde **“o ordenamento jurídico** torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração?”.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões levando em conta também os seus efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece **no direito brasileiro**, com **a constitucionalização do direito civil e** consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado **pela preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana**, que promove uma **personalização e despatrimonialização da responsabilidade civil**.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar **os mecanismos de** proteção, ampliando **as funções da responsabilidade civil**. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar **a tutela de** direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas **funções da responsabilidade civil, de** maneira que fosse possível **prevenir os danos**, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, **já que a** certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, a compreensão **da responsabilidade civil como meio de** proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito **mais do que uma** função meramente reparatória **da responsabilidade civil**. Foram muitas **as situações em que a reparação não** permitia a superação das consequências do dano, **pois a conduta** já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas o suficiente **para dar respostas** consonantes com os princípios constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de



segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução **das funções da responsabilidade civil** ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com **a violação a direitos fundamentais que** invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela **constitucionalização do direito civil** predispôs uma compreensão de valorização **da pessoa e** interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia **a responsabilidade civil** manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem **que se deve dar à função preventiva deve ter como norte principal a tutela da vítima** em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade da aplicação **da função preventiva no direito brasileiro**, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um ?giro conceitual?, que se dá pela **perda da importância** do reconhecimento da culpa e da configuração de ilicitude na **verificação do dano**, para focar na **reparação da vítima ao invés de** buscar a reprovação do ofensor, permitindo **a tutela de novos interesses** e configuração de novos tipos de danos, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à **constitucionalização do direito**, que traduz a robustez e necessidade da aplicação do modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor das indenizações no lucro das empresas, sintoma da socialização dos riscos. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia **a necessidade de privilegiar o princípio da prevenção na responsabilidade civil** (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde **a ordem jurídica** deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna na esfera **dos direitos fundamentais**, traz **a prevenção como** instrumento efetivo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, **para prevenir a** recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores que a doutrina considera autorizadores **da função preventiva**, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico **se traduz em** um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta **os princípios da prevenção**, contra riscos conhecidos e determinados, **e da precaução**, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85) Neste sentido foi elaborado o enunciado n. 446, na V **Jornada de Direito Civil**, de novembro de 2011: Art. 927. **A responsabilidade civil** prevista na segunda parte do parágrafo único **do art. 927 do Código Civil** deve levar em consideração não apenas **a proteção da vítima e** a atividade do ofensor, mas também **a prevenção e o interesse da** sociedade

Tereza Ancona Lopez segue **em defesa da** aplicabilidade **da função preventiva e afirma que** são elementos autorizadores a exposição a **risco de dano** irreversível e efetiva **ameaça de dano** que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos **da possibilidade de** lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção **de que as** condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações **da responsabilidade civil**. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil**



preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169). Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar da responsabilidade civil a reparação, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da ocorrência do dano levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita, que são campos distintos da responsabilidade e com diferentes formas de atuação, nas quais o cumprimento de determinados deveres impedem a concretização do dano e o dever de indenizar. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.) Crítico à ampliação de funções da responsabilidade civil, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior repercussão social está destinada à outras áreas do direito, cabendo à responsabilidade civil o dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto a ausência de reparação quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende a possibilidade de atuação preventiva da responsabilidade civil de forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar ex post (após o dano) e não de forma direta, ex ante (antes do dano). Alega que a previsão normativa é clara no sentido de que o instituto é um remédio aplicado para atuar após a ocorrência do dano. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano, cit., p. 104) Dentre os argumentos contrários à aplicação da função preventiva da responsabilidade civil, os mais relevantes apontam a impossibilidade de responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, a inexistência de instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação de uma função preventiva repercutiria no dever de indenizar. Essa vertente de posicionamento conclui que a função preventiva deveria atuar conjuntamente com a função reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua consequente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005) Enquanto prevalece a discussão sobre a distinção sobre os campos de atuação na esfera civil e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal a punição, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência de uma função sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos. Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa da função punitiva nas situações sobre o tema do dano moral, inexistente um consenso acerca da sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem no direito romano. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana que o direito romano procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica do sistema de civil law. A Inglaterra (sistema de common law), porém, não abandonou por completo o modelo romano de pena privada. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester



, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina **dos punitive damages**. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos **ao mesmo tempo**, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se **os punitive damages às situações de** lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, **motivo pelo qual** não poderiam ser aplicados **na responsabilidade objetiva**, que independe de culpa. Também **não podem ser** aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados pela Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, a discussão sobre o caráter preventivo (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (**dano moral**) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do punitive damages foi denominada de Teoria do Valor do Desestímulo. Sua aplicação está voltada para **a punição do** ofensor com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando **a prevenção e** assegurando a paz social e consequente função social **da responsabilidade civil através de um** caráter punitivo pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação de culpa do ofensor.

Apesar da falta de análise sistemática, a Teoria do Valor do desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (Superior Tribunal de Justiça). A menção sobre o caráter punitivo nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda **não podem ser** determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria do Valor do desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de civil law, segue o modelo francês **de responsabilidade civil** corretiva, onde há **reparação do dano, com a** obrigação de reestabelecer **a vítima ao** estado anterior à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém o controle da punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver **o ?status quo ante?**.

O dano moral, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. Também não há previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos para a fixação das indenizações por dano moral terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações concretas, mediante **a análise de** critérios que envolvem a gravidade do fato, **a culpa do agente, a culpa** concorrente **da vítima, o** sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, **por outro lado**, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão a função punitiva.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor na condenação.

A possibilidade para aplicação da função punitiva, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões **a direitos fundamentais** e interesses difusos e coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países do sistema

de civil law.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade **do Estado de** regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos **de responsabilidade civil com os punitive damages**.

Nos dias atuais, a percepção da **necessidade de uma** mudança de paradigma que incorpore **uma função punitiva da responsabilidade civil**, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, **ao dever de** cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente **da função reparatória que** pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, a função punitiva e pedagógica se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes de condutas lesivas ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários mofam em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, **parte da doutrina entende que** a fixação da indenização deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à **extensão do dano** (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido com a conduta danosa), que eleve o sentimento de perda **do ofensor e** dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma **Caio Mário da Silva**:

?Realmente, há casos **em que a conduta do agente**, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito **de causar dano** à vítima, **o que torna** seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação **com o objetivo** de desestimular o autor **à prática de novos** idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. **A vítima de** dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10^a ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pois não



permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer **com o reconhecimento** (e **mais do que** isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade **do dano em** destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio **dos ? punitive damages?**. ?Punitive damages? (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, **em que é** fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor **à prática de** outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as ?punitive damages? como a ?teoria do valor do desestímulo? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao **causador do dano e de modo que** ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. **No caso do** dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, **que a aplicação** irrestrita das ?punitive damages? encontra óbice regulador **no ordenamento jurídico** pátrio que, anteriormente à entrada em vigor **do Código Civil de 2002**, vedava o **enriquecimento sem causa** como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no **art. 884 do Código Civil de 2002**. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, **de forma a** não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, **de modo que** sirva para desestimular o ofensor a repetir **o ato ilícito**.

Ao refletir **sobre a função** punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz **parte da doutrina** que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente **contrário do que** considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a **tentativa de se** punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de **reparação dos danos morais**, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema **de responsabilidade civil**. Deixa-se de ter em consideração **o dano, para se** considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema **civil que não tenha** embasamento legal. É princípio consagrado **no Direito brasileiro que não há** pena sem lei prévia que a estabeleça.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de danos** morais ? teoria do valor do desestímulo. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária na doutrina e jurisprudência que reconhece a função punitiva da indenização por dano moral como extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação **do artigo 944 do Código Civil**. Para a doutrina majoritária, a limitação do artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência da função punitiva para **tutelar os interesses** da sociedade diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária ? que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. **Em consonância com** essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade **de que não se** aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, **a fim de** que, sinta efetivamente, a resposta **da ordem jurídica** aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. **Rio de Janeiro: Forense** Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é **outro defensor da** reparação punitiva ?quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro **com o ato ilícito** ou incorrer em reiteração **da conduta ilícita**?. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem a função punitiva e pedagógica das indenizações por dano moral. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países do sistema de civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade **punitiva e preventiva**, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações por danos extrapatrimoniais.

A ampliação **das funções da responsabilidade civil não** está limitada às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as indenizações punitivas, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam a função punitiva pedagógica da indenização, onde fica evidente **a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo** e ao reconhecimento **de que a** legislação constitucional não afasta **a possibilidade de se** reconhecer essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado da necessidade de punição do comportamento lesivo devido às consequências para a sociedade. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para o arbitramento do valor da indenização com caráter compensatório e punitivo, observando as condições pessoais e econômicas das partes, **razoabilidade e proporcionalidade**, as peculiaridades de cada caso, **a preocupação com** o enriquecimento ilícito, bem como o desestímulo do ofensor a repetir **o ato ilícito**, servindo assim à **uma espécie de** pena privada nos moldes **dos punitive damages**. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de **responsabilidade civil** amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização da **persona humana** e dos **conceitos de** solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o sistema de civil law, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura **nas relações de** confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico **de que o** modelo de proteção se daria **no caso concreto**, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber que, apesar das inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência **cada vez maior** de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização **da ordem jurídica**, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial **da responsabilidade civil como** instrumento indispensável para concretizar **a proteção da pessoa humana em sua dimensão** social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, **enriquecimento sem causa** e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e **de proteção da** sociedade que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais **e que a responsabilidade civil não** se confunde com a responsabilidade penal que tem tipicidade fechada, pois opera **por meio de** cláusulas gerais onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la **o juiz deve** verificar se houve dano, se **o dano é** relevante, se há **nexo causal entre o dano e** determinada **ação ou omissão**, se há culpa e se **é o caso** de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era reparar o dano, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada os princípios constitucionais através do diálogo **entre a função social da responsabilidade civil e sua** dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano, cit., p. 98-99). No mesmo sentido, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. PUNITIVE DAMAGES E SUA



APLICABILIDADE NO BRASIL. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação **civil por danos** morais. 2 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.
BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função ? Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa **de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções **punitiva e preventiva** / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. **PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva **da responsabilidade Civil no direito brasileiro**: uma proposta de investigação empírica. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: **Conceito Editorial**, 2009, p. 225. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>; acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. **Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano**. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no **novo Código Civil**. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002.



TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24 (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro. Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.



=====
Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx \(5708 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/115511/113092/211002> (17617 termos)

Termos comuns: 469

Similaridade: 2,05%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx \(5708 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/115511/113092/211002> (17617 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a **evolução da responsabilidade civil**, e a **possibilidade de aplicação da punição** como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e **prevenção de danos**. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às **funções da responsabilidade civil** para estabelecer a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, **com a aplicação da função punitiva** nas ações de **danos morais** enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e **punir o ofensor**, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das **funções da responsabilidade civil** desde suas origens **no direito romano**, a transição do modelo de reparação para o **de prevenção** e sobre **as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção**, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira **em torno da possibilidade de aplicação de medidas** punitivas diante da limitação do modelo **de reparação** e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias **à função punitiva** aleguem falta de previsibilidade expressa, **a aplicação da função punitiva** já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. **A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO:** POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa



interferência na vida em sociedade, **com a construção de uma** realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial **no contexto da responsabilidade civil**, ficou evidente **a discussão sobre** o alargamento das funções desse **ramo do direito civil**.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, e por diversos trabalhos de pesquisa **sobre o tema**, defendem abertamente que a constitucionalização **do direito civil** deflagrada pela Constituição Federal de 1988, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, **a aplicação da punição** nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, **que a função reparatória** não tem amplitude necessária **para a proteção do** conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para **uma função punitiva** de caráter preventivo, sob pena de descaracterização do instituto e da apropriação do campo de atuação de **outras áreas do direito**.

Exatamente **no sentido de** esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade ou não **de aplicação da função punitiva**, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu **a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro**. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava o **indivíduo e o patrimônio**; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação **da dignidade da pessoa** e do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante da falta de efetividade **do ?princípio da restituição?** frente à concretização da irradiação dos direitos fundamentais **nas relações jurídicas**.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou **impede a aplicação de uma função punitiva** de caráter preventivo **no direito brasileiro** em face **da evolução da responsabilidade civil**.

A presente pesquisa se justifica **no sentido de** apurar se é possível, **no ordenamento brasileiro**, aplicar uma punição pedagógica capaz de **efetivar a prevenção** através do desestímulo a comportamentos lesivos. Sequenciadamente, a problematização trazida se propõe a esclarecer **se a prevenção** contra danos, após a constitucionalização dos direitos civis, pode ou não estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado **capacidade de produzir** resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever **a evolução da responsabilidade civil e a** construção doutrinária **que permite a aplicação da punição** como elemento essencial da efetivação **da função preventiva**.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo do **desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil**, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção, identificar e analisar **as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção** mediante a interpretação da doutrina, **e o caráter** pedagógico da punição. A metodologia aplicada foi a de finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de dados empíricos.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A Responsabilidade Civil é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento.

Inicialmente, a responsabilidade civil foi desenvolvida no Brasil, à partir do Código Civil de 1916, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A reparação do ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a Constituição de 1988, a função da responsabilidade civil é estabelecer a reparação integral do ofendido, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse princípio da restituição é o balizador do conceito de responsabilidade civil do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que a fixação de toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, a responsabilidade civil tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no status quo ante.

O apego ao princípio da restituição atrela o campo de atuação da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização civil e a responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da responsabilidade.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo de responsabilidade civil, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva da responsabilidade civil. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da aplicação das normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural da responsabilidade civil calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir a necessidade de um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões (DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social da responsabilidade civil sem abandonar seus elementos estruturais essenciais.



Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto **em razão da** sua função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, 'a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, **isto é a** sua razão de ser? (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma **em que o direito** ultrapassa **a análise da relação do instituto com** a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade **nas relações jurídicas**. O sistema jurídico **deixa de ser** um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações?, permitindo imprimir maior relevância **aos interesses da sociedade**, aos objetivos do instituto e aos efeitos **de sua aplicação** nas relações sociais. Onde 'o ordenamento jurídico torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração?.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões **levando em conta** também os seus efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece **no direito brasileiro**, com a constitucionalização **do direito civil** e consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela **preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana**, que promove uma personalização e despatrimonialização **da responsabilidade civil**.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar **as normas e** qualificar os mecanismos de proteção, ampliando **as funções da responsabilidade civil**. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar **a tutela de** direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as **novas funções da responsabilidade civil, de maneira que** fosse possível **prevenir os danos**, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, já **que a certeza** de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, a compreensão **da responsabilidade civil como meio de** proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio **apenas da reparação**, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito mais do que uma função meramente reparatória **da responsabilidade civil**. Foram muitas as **situações em que a reparação** não permitia a superação das consequências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas o suficiente para dar respostas consonantes com **os princípios constitucionais**. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de



segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução das **funções da responsabilidade civil** ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo **no ordenamento brasileiro com o avanço** em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com a violação a direitos fundamentais que invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela constitucionalização **do direito civil** predispôs uma compreensão de valorização da pessoa e **interesse da sociedade** nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia **a responsabilidade civil** manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem **que se deve** dar à função preventiva deve ter como norte principal **a tutela da** vítima em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade **da aplicação da função preventiva no direito brasileiro**, Orlando Gomes **explica que essa** condição se configura em um ?giro conceitual?, que se dá pela perda **da importância do** reconhecimento **da culpa e** da configuração de ilicitude na verificação do dano, para focar na reparação da vítima ao invés de buscar a reprovação do ofensor, permitindo **a tutela de** novos interesses e configuração de novos **tipos de danos**, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à constitucionalização **do direito**, **que** traduz a robustez e necessidade **da aplicação do** modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor **das indenizações no** lucro das empresas, sintoma **da socialização dos riscos**. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia **a necessidade de** privilegiar **o princípio da** prevenção **na responsabilidade civil** (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde **a ordem jurídica** deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção **e defesa do Consumidor**, inseridas pela Carta Magna na esfera dos direitos fundamentais, traz a prevenção como instrumento efetivo **no Código de Defesa do Consumidor** (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, **para prevenir a** recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores **que a doutrina** considera autorizadores **da função preventiva**, Tereza Ancona Lopez **ressalta que a** imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico se traduz em um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta **os princípios da prevenção**, contra riscos conhecidos e determinados, **e da precaução**, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85) **Neste sentido** foi elaborado o enunciado n. 446, **na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011:** Art. 927. **A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade**

Tereza Ancona Lopez segue em defesa da aplicabilidade **da função preventiva e** afirma que são elementos autorizadores a exposição a **risco de dano** irreversível e efetiva ameaça de dano que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos da possibilidade **de lesão à** tutela **dos princípios constitucionais** estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção **de que as** condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações **da responsabilidade civil**. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil

preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169). Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar **da responsabilidade civil a reparação**, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da **ocorrência do dano** levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade **como o direito de vizinhança e o direito de visita**, que são campos distintos **da responsabilidade** e com diferentes formas de atuação, **nas quais o** cumprimento de determinados deveres impedem a concretização **do dano e o dever de indenizar**. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.) Crítico à ampliação de **funções da responsabilidade civil**, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à **outras áreas do direito**, cabendo à **responsabilidade civil o dever de** estabelecer a reparação em decorrência **do dano**, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto **a ausência de reparação** quanto a obrigação conflagrada **sem a existência** dos elementos essenciais. Defende **a possibilidade de** atuação **preventiva da responsabilidade civil de** forma conglobante, paralela à **função reparatória**, devendo atuar ex post (após **o dano**) e não de forma direta, ex ante (antes do dano). **Alega que a** previsão normativa é clara **no sentido de que o** instituto é um remédio aplicado para atuar **após a ocorrência do dano**. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**, cit., p. 104) Dentre os argumentos contrários à **aplicação da função preventiva da responsabilidade civil**, os mais relevantes apontam **a impossibilidade de** responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, **a inexistência de** instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação **de uma função preventiva** repercutiria no dever de indenizar. Essa vertente de posicionamento conclui **que a função preventiva** deveria atuar conjuntamente **com a função reparatória**, sendo desnecessário o superdimensionamento **da função preventiva, que** resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005) Enquanto prevalece **a discussão sobre a** distinção sobre os campos de atuação na esfera **civil e penal**, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal **a punição**, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência **de uma função** sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos. Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa **da função punitiva** nas situações **sobre o tema do dano moral**, inexistente um consenso acerca da sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, **tem origem no direito romano**. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam **pena privada como** punição pela lesão, espécie de vingança. **As penas privadas** eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana **que o direito romano** procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica **do sistema de** civil law. A Inglaterra (sistema de common law), porém, não abandonou por completo o modelo romano **de pena privada**. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester



, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina **dos punitive damages**. Esse instituto possibilita a **compensação e punição** de danos **ao mesmo tempo**, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se **os punitive damages** às situações de lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, motivo pelo qual não poderiam ser aplicados **na responsabilidade objetiva**, que independe de culpa. Também **não podem ser** aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados pela Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, **a discussão sobre o caráter preventivo** (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (**dano moral**) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do punitive damages foi denominada **de Teoria do Valor do Desestímulo**. Sua aplicação está **voltada para a punição do ofensor** com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando **a prevenção e** assegurando a paz social e consequente função social **da responsabilidade civil** através de **um caráter punitivo** pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação **de culpa do ofensor**.

Apesar da falta de análise sistemática, **a Teoria do Valor do** desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (Superior Tribunal de Justiça). A menção sobre **o caráter punitivo** nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda **não podem ser** determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria **do Valor do** desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de civil law, segue o modelo francês **de responsabilidade civil** corretiva, onde há **reparação do dano**, com **a obrigação de** reestabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Nesse modelo, é **o Estado que** detém o controle da punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o **status quo ante?**

O dano moral, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. **Também não há** previsão expressa **no ordenamento brasileiro** sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos **para a fixação** das indenizações **por dano moral** terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação **dos princípios constitucionais** às situações concretas, mediante a análise de critérios que envolvem **a gravidade do fato**, **a culpa do agente**, **a culpa concorrente da vítima**, **o sofrimento da vítima**, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, **por outro lado**, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão **a função punitiva**.

Importante distinguir a compensação atribuída **ao dano moral**, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição **imposta ao ofensor** na condenação.

A possibilidade para **aplicação da função punitiva**, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração de uma sistematização que consiga responder ao dilema das **lesões a direitos** fundamentais e **interesses difusos e** coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países **do sistema**

de civil law.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade do Estado de regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos **de responsabilidade civil com os punitive damages**.

Nos dias atuais, a percepção **da necessidade de uma** mudança de paradigma que incorpore **uma função punitiva da responsabilidade civil**, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam **o caráter punitivo** pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, ao dever de cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. **A própria evolução** de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, **a função punitiva e pedagógica** se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes **de condutas lesivas ou** a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários mofam em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, **parte da doutrina entende que a fixação da indenização deve** contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores **à extensão do dano** (gravidade do fato, **grau de culpa do ofensor**, aspectos financeiros, favorecimento obtido **com a conduta** danosa), que eleve o sentimento de perda **do ofensor e** dissemine **o aspecto punitivo** pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

?Realmente, há **casos em que a conduta do** agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, **o arbitramento do dano moral** deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação **com o objetivo de** desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso **do que o** experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10^a ed., **rev. e atual.**, Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta **o art. 5º, V e X**, da Constituição Federal, pois não



permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos ?punitive damages?. ?Punitive damages? (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as ?punitive damages? como a ?teoria do valor do desestímulo? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das ?punitive damages? encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre a função punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz parte da doutrina que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Reparação de danos morais ? teoria do valor do desestímulo. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.



Contudo, há uma posição majoritária na doutrina e jurisprudência que reconhece **a função punitiva da indenização por dano moral como** extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação do artigo 944 **do Código Civil**. Para a doutrina majoritária, **a limitação do artigo 944 está vinculada à** valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção **da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro**, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência **da função punitiva para** tutelar os **interesses da sociedade** diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária ? que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É **a fixação de valor que serve como** desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a **indenização por danos morais** deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade **de que não se** aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. **Rio de Janeiro: Forense** Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva ?quando **o comportamento do** ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, **nos casos em que**, independentemente de culpa, o agente obtiver **lucro com o** ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita?. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem **a função punitiva e** pedagógica das indenizações **por dano moral**. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países **do sistema de** civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade **punitiva e preventiva**, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações por **danos extrapatrimoniais**.

A ampliação das **funções da responsabilidade civil não** está limitada às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as indenizações punitivas, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam **a função punitiva** pedagógica da indenização, onde fica evidente **a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo** e ao reconhecimento **de que a** legislação constitucional **não afasta a possibilidade de se reconhecer** essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado **da necessidade de punição do** comportamento lesivo devido às consequências **para a sociedade**. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados **para o arbitramento do valor da indenização com caráter compensatório e punitivo**, observando as condições pessoais e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade, as **peculiaridades de cada caso, a preocupação com o enriquecimento ilícito, bem como o** desestímulo do ofensor a repetir o ato ilícito, servindo assim à uma espécie **de pena privada** nos moldes **dos punitive damages**. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)



CONCLUSÃO

O modelo de **responsabilidade civil** amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda **ser importante para a** composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização **da pessoa humana e dos** conceitos de solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o sistema de civil law, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico **de que o** modelo de proteção se daria **no caso concreto**, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber **que, apesar das** inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização da ordem jurídica, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial **da responsabilidade civil como** instrumento indispensável para concretizar **a proteção da pessoa humana** em sua dimensão social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, **enriquecimento sem causa** e inexistência de autorização legal. **Em resposta, os** julgados consideraram **o aspecto punitivo** das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e **de proteção da sociedade** que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais **e que a responsabilidade civil não** se confunde **com a responsabilidade penal** que tem tipicidade fechada, pois opera **por meio de cláusulas gerais** onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la **o juiz deve** verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há nexos **causal entre o dano e** determinada ação ou omissão, se há culpa e se é o caso de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado **a preocupação era reparar o dano**, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada **os princípios constitucionais** através do diálogo entre a função social **da responsabilidade civil e** sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria **da responsabilidade civil sem dano**, cit., p. 98-99). **No mesmo sentido**, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. PUNITIVE DAMAGES E SUA



APLICABILIDADE NO BRASIL. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil **por danos morais**. 2 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.
BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função ? Novos Estudos **de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, **a Sociedade e o Juiz** ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, Boletim **da Faculdade de Direito**, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: **Atlas**, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções **punitiva e preventiva** / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: **Quartier Latin**, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro**: uma proposta de investigação empírica. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. A Função Social **do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>; acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. **Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil**: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. **Rio de Janeiro**, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: **Atlas**, 2014

SCHREIBER, **Anderson**. **Arbitramento do dano moral no novo Código Civil**. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002.



TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 24 (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. *Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro*. Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.



=====
Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Arquivo 2: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336745/a-doutrina-dos-punitive-damages-e-a-fixacao-dos-danos-morais-no-sistema-de-justica-brasileiro> (3121 termos)

Termos comuns: 105

Similaridade: 1,20%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336745/a-doutrina-dos-punitive-damages-e-a-fixacao-dos-danos-morais-no-sistema-de-justica-brasileiro> (3121 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE **APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a evolução **da responsabilidade civil**, e a possibilidade de aplicação da punição como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e prevenção de danos. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às **funções da responsabilidade civil para** estabelecer a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, **com a aplicação da função punitiva** nas ações de danos morais enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e punir o ofensor, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das **funções da responsabilidade civil** desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o de prevenção e sobre as possibilidades de **aplicação da função punitiva**, como instrumento de prevenção, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira em torno da possibilidade de aplicação de medidas punitivas diante da limitação do modelo de reparação e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, **a aplicação da função punitiva** já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. **A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO:** POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa interferência na vida em sociedade, com a construção de uma realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial no contexto **da responsabilidade civil**, ficou evidente a discussão sobre o alargamento das funções desse ramo do direito civil.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive no **Superior Tribunal de Justiça**, e por diversos trabalhos de pesquisa sobre o tema, defendem abertamente que a constitucionalização do direito civil deflagrada pela Constituição Federal de 1988, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, **a aplicação da** punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, que a função reparatória não tem amplitude necessária para a proteção do conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para uma função punitiva de caráter preventivo, sob pena de descaracterização do instituto e da apropriação do **campo de atuação** de outras áreas do direito.

Exatamente **no sentido de** esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade ou não de **aplicação da função punitiva**, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu **a responsabilidade civil no** ordenamento brasileiro. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava **o indivíduo e** o patrimônio; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação da dignidade da pessoa e do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante **da falta de** efetividade do ?princípio da restituição? frente à concretização da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou impede **a aplicação de** uma função punitiva de caráter preventivo no direito brasileiro em face da evolução **da responsabilidade civil**.

A presente pesquisa se justifica **no sentido de** apurar se é possível, no ordenamento brasileiro, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar a prevenção através do desestímulo a comportamentos lesivos. Sequenciadamente, a problematização trazida se propõe a esclarecer se a prevenção contra danos, após a constitucionalização dos direitos civis, pode ou não estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever a evolução **da responsabilidade civil e a** construção doutrinária que permite **a aplicação da** punição como elemento essencial da efetivação da função preventiva.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo do desenvolvimento **da responsabilidade civil no Brasil**, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção, identificar e analisar as possibilidades de **aplicação da função punitiva**, como instrumento de prevenção mediante a interpretação **da doutrina**, e o caráter pedagógico da punição. A metodologia aplicada **foi a de** finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de dados empíricos.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A **Responsabilidade Civil** é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento. Inicialmente, a **responsabilidade civil** foi desenvolvida no Brasil, à partir do Código Civil de 1916, com função estritamente reparatória, **com fundamento em** uma abordagem sobre **o indivíduo e** o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A reparação do ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a Constituição de 1988, a função **da responsabilidade civil** é estabelecer a reparação integral do ofendido, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, **da Constituição Federal**.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse **princípio da restituição** é o balizador do conceito **de responsabilidade civil** do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que **a fixação de** toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, **a responsabilidade civil** tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no status quo ante. O apego ao **princípio da restituição** atrela o **campo de atuação** da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização **civil e a** responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da responsabilidade.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo **de responsabilidade civil**, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura **de condutas lesivas**. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva **da responsabilidade civil**. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores **da aplicação das** normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural **da responsabilidade civil** calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir **a necessidade de** um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões

(DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social **da responsabilidade civil** sem abandonar seus elementos estruturais essenciais.

Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação **do instituto em razão** da sua função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, 'a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, isto é a sua razão de ser?' (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma **em que o** direito ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade nas relações jurídicas. O sistema jurídico deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações?, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos do instituto e aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde 'o ordenamento jurídico torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração?.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões levando em conta **também os seus** efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece no direito brasileiro, com a constitucionalização do direito civil e consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, que promove uma personalização e despatrimonialização **da responsabilidade civil**.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar os mecanismos de proteção, ampliando as **funções da responsabilidade civil**. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar a tutela de direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas **funções da responsabilidade civil**, de maneira que fosse possível prevenir os danos, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, já que a certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, a compreensão **da responsabilidade civil** como meio de proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir **muito mais do que** uma função meramente reparatória **da responsabilidade civil**. Foram muitas as situações **em que a** reparação não permitia a superação das consequências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas o

suficiente para dar respostas consonantes com os princípios constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)
A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução das **funções da responsabilidade civil** ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com a violação a direitos fundamentais que invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela constitucionalização do direito civil predisps uma compreensão de valorização da pessoa e interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia a **responsabilidade civil** manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem que se deve dar à função preventiva deve ter como norte principal a tutela da vítima em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade **da aplicação da função** preventiva no direito brasileiro, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um ?giro conceitual?, que se dá pela perda da importância do reconhecimento da culpa e da configuração de ilicitude na verificação do dano, para focar na reparação da vítima ao invés de buscar a reprovação do ofensor, permitindo a tutela de novos interesses e configuração de novos tipos de danos, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à constitucionalização do direito, que traduz a robustez e **necessidade da aplicação do** modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor das indenizações no lucro das empresas, sintoma da socialização dos riscos. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia a **necessidade de** privilegiar o princípio da prevenção na responsabilidade civil (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde a ordem jurídica deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna na esfera dos direitos fundamentais, traz a prevenção como instrumento efetivo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, para prevenir a recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores que a doutrina considera autorizadores da função preventiva, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico se traduz em um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta **os princípios da** prevenção, contra riscos conhecidos e determinados, e da precaução, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85)

Neste sentido foi elaborado o enunciado n. 446, na V Jornada **de Direito Civil, de novembro de** 2011:
Art. 927. **A responsabilidade civil** prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, **mas também a** prevenção e o interesse da sociedade

Tereza Ancona Lopez segue em defesa da aplicabilidade da função preventiva e afirma que são elementos autorizadores a exposição a risco de dano irreversível e efetiva ameaça de dano que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos da possibilidade de lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção de que as condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial



quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações **da responsabilidade civil**. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169). Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar **da responsabilidade civil a reparação**, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da ocorrência do dano levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita, que são campos distintos da responsabilidade e com diferentes formas de atuação, nas quais o cumprimento de determinados deveres impedem a concretização **do dano e** o dever de indenizar. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.) Crítico à ampliação de **funções da responsabilidade civil**, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à outras áreas do direito, cabendo à **responsabilidade civil o** dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto **a ausência de** reparação quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende a possibilidade de atuação preventiva **da responsabilidade civil** de forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar ex post (após o dano) e não de forma direta, ex ante (antes do dano). Alega que a previsão normativa é clara **no sentido de** que o instituto é um remédio aplicado para atuar após a ocorrência do dano. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano, cit., p. 104) Dentre os argumentos contrários à **aplicação da função** preventiva **da responsabilidade civil**, os mais relevantes apontam a impossibilidade de responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, a inexistência de instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação de uma função preventiva repercutiria no dever de indenizar. Essa vertente de posicionamento conclui que a função preventiva deveria atuar conjuntamente **com a função** reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005) Enquanto prevalece a discussão sobre a distinção sobre os campos de atuação na esfera civil e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal **a punição, e** noutra a discussão situa-se entre a prevalência de uma função sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos. Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa **da função punitiva** nas situações sobre o tema do dano moral, inexistente um consenso acerca da sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem no direito romano. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana que o direito romano procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica **do**

sistema de civil law. A Inglaterra (sistema de common law), porém, não abandonou por completo o modelo romano **de pena privada**. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester, em 1278 e o desenvolveu até criar **a doutrina dos punitive damages**. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos ao mesmo tempo, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a **reiteração da conduta** delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se **os punitive damages** às situações de lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, motivo pelo qual não poderiam ser aplicados na responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Também não podem ser aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados **pela Suprema Corte** norte-americana.

No Brasil, a discussão sobre o caráter preventivo (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (dano moral) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do **punitive damages** foi denominada de Teoria do Valor do Desestímulo. Sua aplicação está voltada **para a punição do** ofensor com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando a prevenção e assegurando a paz social e consequente função social **da responsabilidade civil** através de um caráter punitivo pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação de culpa do ofensor.

Apesar **da falta de** análise sistemática, a Teoria do Valor do desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (**Superior Tribunal de Justiça**). A menção sobre o caráter punitivo nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda não podem ser determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria do Valor do desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de civil law, segue o modelo francês **de responsabilidade civil** corretiva, onde há reparação do dano, com a obrigação de reestabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém **o controle da** punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o "status quo ante?". **O dano moral**, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. Também não há previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos **para a fixação das indenizações por** dano moral terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações concretas, mediante a análise de critérios que envolvem a gravidade do fato, a culpa do agente, a culpa concorrente da vítima, o sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, **por outro lado**, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão **a função punitiva**.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor na condenação.

A possibilidade para **aplicação da função punitiva**, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração



de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões a direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países **do sistema de civil law**.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade do Estado de regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos **de responsabilidade civil com os punitive damages**.

Nos dias atuais, a percepção **da necessidade de** uma mudança de paradigma que incorpore uma **função punitiva da responsabilidade civil**, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, ao dever de cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, **a função punitiva e pedagógica** se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes **de condutas lesivas** ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários sofrem em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, **parte da doutrina** entende que a fixação da indenização deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à extensão do dano (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido com a conduta danosa), que eleve o sentimento de perda do ofensor e dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

?Realmente, há casos **em que a conduta do agente**, tingida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação **com o objetivo de** desestimular o autor **à prática de** novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e



atual., **Rio de Janeiro**: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, **da Constituição Federal**, pois não permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e **mais do que** isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade **do dano em** destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio **dos ? punitive damages?**. ?Punitive damages? (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor **à prática de** outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as ?punitive damages? como a ?teoria do valor do desestímulo? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao **causador do dano e** de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das ?punitive damages? encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do **valor da indenização por danos morais**, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre **a função punitiva da** indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz **parte da doutrina** que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar **o valor da indenização** e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção **do sistema de** reparação **dos danos morais**, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema **de responsabilidade civil**. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que **a punição e** o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.



MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Reparação de danos morais ? teoria do valor do desestímulo. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária na doutrina e jurisprudência que reconhece **a função punitiva da indenização** por dano moral como extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação do artigo 944 do Código Civil. Para a doutrina majoritária, a limitação do artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência **da função punitiva** para tutelar os interesses da sociedade diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária ? que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É **a fixação de** valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitivos ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, **a indenização por danos morais** deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. **Rio de Janeiro**: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva ?quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em **reiteração da conduta** ilícita?. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem **a função punitiva e pedagógica das indenizações por dano moral**. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países **do sistema de** civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade **punitiva e preventiva**, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações **por danos extrapatrimoniais**.

A ampliação das **funções da responsabilidade civil não** está limitada às decisões **do Superior Tribunal de Justiça** sobre as indenizações punitivas, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam **a função punitiva** pedagógica da indenização, onde fica evidente a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo e ao reconhecimento de que a legislação constitucional não afasta a possibilidade de se reconhecer essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento **do Recurso Especial** 210.101/PR, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado **da necessidade de** punição do comportamento lesivo devido às consequências para a sociedade. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para o arbitramento do **valor da indenização** com caráter compensatório e punitivo, observando as condições pessoais e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade, as peculiaridades de cada caso, a preocupação com o enriquecimento ilícito, bem como o desestímulo do ofensor a repetir o ato ilícito, servindo assim à **uma espécie de pena privada** nos moldes **dos punitivos damages**. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, **QUARTA TURMA**, julgado

em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de **responsabilidade civil** amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização da pessoa humana e dos conceitos de solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o **sistema de civil law**, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico de que o modelo de proteção se daria **no caso concreto**, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o **indivíduo** e perceber que, apesar das inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização da ordem jurídica, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial **da responsabilidade civil** como instrumento indispensável para concretizar a proteção da pessoa humana em sua dimensão social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, enriquecimento sem causa e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e **de proteção da sociedade** que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais e que **a responsabilidade civil não** se confunde com a responsabilidade penal que tem tipicidade fechada, pois opera por meio de cláusulas gerais onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la o juiz deve verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há nexos causal **entre o dano** e determinada ação ou omissão, se há culpa e se é o caso de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era reparar o dano, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada os princípios constitucionais através do diálogo entre a função social **da responsabilidade civil** e sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria **da responsabilidade civil** sem dano, cit., p. 98-99). No mesmo sentido, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Derecho de daños. Madrid: Civitas,



1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro **do Superior Tribunal de Justiça**. **PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil **por danos morais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função ? Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, Boletim da **Faculdade de Direito**, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa **de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções **punitiva e preventiva** / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. **Rio de Janeiro**: Renovar, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. **PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução **da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica**. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>>, acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva **da responsabilidade civil**: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. **Rio de Janeiro**, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. As **funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014



SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. Revista Trimestral **de Direito Civil**, v. 12, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. O futuro **da responsabilidade civil**. Revista Trimestral **de Direito Civil**. v. 24 (editorial). **Rio de Janeiro**: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro. Juíza de Direito no Estado **de São Paulo**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.



=====
Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Arquivo 2: <https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/19843/2/Tese - Matheus Meott Silvestre - 2022 - Completa.pdf> (69469 termos)

Termos comuns: 593

Similaridade: 0,79%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/19843/2/Tese - Matheus Meott Silvestre - 2022 - Completa.pdf> (69469 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a evolução da **responsabilidade civil**, e a possibilidade de aplicação da punição como mecanismo efetivo de **tutela constitucional do direito** à reparação e prevenção de danos. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às funções da **responsabilidade civil para estabelecer** a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, com a **aplicação da função punitiva nas ações de danos morais** enquanto caminho utilizado para prevenir **atos ilícitos e punir o ofensor**, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das funções da **responsabilidade civil** desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o **de prevenção** e sobre **as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção**, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira em torno da **possibilidade de aplicação de medidas punitivas** diante da limitação do modelo de reparação e sua **incapacidade de** produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, a **aplicação da função punitiva** já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. **O MODELO BRASILEIRO** DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. **A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO:** POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado **da sociedade brasileira**, onde a evolução tecnológica impõe significativa interferência na vida em **sociedade, com a construção de** uma realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular **o debate sobre** a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular **atos lesivos**.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial **no contexto da responsabilidade civil**, ficou evidente **a discussão sobre o alargamento das** funções **desse ramo do direito** civil.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive **no Superior Tribunal de Justiça, e** por diversos trabalhos de pesquisa **sobre o tema**, defendem abertamente que a **constitucionalização do direito** civil deflagrada **pela Constituição Federal de 1988**, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, **a aplicação da** punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, **que a função** reparatória não tem amplitude **necessária para a** proteção do conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para uma **função punitiva de** caráter preventivo, **sob pena de** descaracterização **do instituto e** da apropriação do campo de atuação de **outras áreas do** direito.

Exatamente **no sentido de** esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade **ou não de aplicação da** função punitiva, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu **a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro**. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava o **indivíduo e o patrimônio**; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação **da dignidade da pessoa** e do contexto de solidariedade, trazidos **pela Constituição de 1988, e** forçado a se posicionar diante **da falta de** efetividade **do ?princípio da** restituição? frente à concretização da irradiação **dos direitos fundamentais nas relações jurídicas**.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou impede **a aplicação de uma função punitiva de** caráter preventivo **no direito brasileiro em face da** evolução **da responsabilidade civil**.

A presente pesquisa se justifica **no sentido de** apurar **se é possível, no ordenamento brasileiro**, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar a prevenção através do desestímulo a comportamentos lesivos. Sequenciadamente, a problematização trazida se propõe a esclarecer se a prevenção contra danos, após a **constitucionalização dos direitos** civis, pode ou não estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever a evolução **da responsabilidade civil e a construção** doutrinária **que permite a aplicação da** punição como elemento essencial da efetivação da função preventiva.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário **na construção da** pesquisa apresentar o processo evolutivo do desenvolvimento **da responsabilidade civil no** Brasil, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção, identificar e analisar **as possibilidades de aplicação da** função punitiva, **como instrumento de** prevenção mediante a interpretação **da doutrina, e** o caráter pedagógico da punição. A metodologia aplicada **foi a de** finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de **dados empíricos**.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A **Responsabilidade Civil** é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento. Inicialmente, a **responsabilidade civil** foi desenvolvida no Brasil, à partir do **Código Civil** de 1916, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A **reparação do ofendido** exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a **Constituição de 1988**, a função da **responsabilidade civil** é estabelecer a **reparação integral do ofendido**, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da **Constituição Federal**.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse princípio da restituição é o balizador do conceito de **responsabilidade civil do código de 1916**.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que a fixação de toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, a **responsabilidade civil** tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no status quo ante. O apego ao princípio da restituição atrela o campo de atuação da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a **responsabilização civil e a responsabilização penal** (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da **responsabilidade**.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo de **responsabilidade civil**, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A **constitucionalização do Direito** e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva da **responsabilidade civil**. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da aplicação das normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural da **responsabilidade civil** calcado na reparação como meio exclusivo de **restituição ao estado anterior** da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir a **necessidade de um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões**

(DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social **da responsabilidade civil sem** abandonar seus elementos estruturais essenciais.

Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto **em razão da sua** função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, ?a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, **isto é a** sua razão de ser? (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, **em detrimento da** preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). **Uma mudança de paradigma em que o direito** ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza **uma relação entre o** instituto, a norma e a aplicabilidade **nas relações jurídicas**. **O sistema jurídico** deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com **os movimentos de** transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações?, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos **do instituto e** aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde ?**o ordenamento jurídico** torna-se **um sistema em** permanente construção e reelaboração?.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, **permite que o juiz** tome decisões levando em conta **também os seus efeitos ao analisar as** opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece **no direito brasileiro**, com a **constitucionalização do direito** civil e consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela **preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana**, que promove uma personalização e despatrimonialização **da responsabilidade civil**.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar os mecanismos de proteção, ampliando as funções **da responsabilidade civil**. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar **a tutela de** direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas funções **da responsabilidade civil**, **de** maneira que fosse possível prevenir os danos, impondo sanções **antes mesmo do** dano ocorrer, **já que a** certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, **a compreensão da responsabilidade civil** como meio de proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito **mais do que uma** função meramente reparatória **da responsabilidade civil**. Foram muitas as **situações em que a reparação** não permitia a superação das consequências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas **a transferência de** valores não podia sanar, como a destruição **do meio ambiente**, a lesão à saúde, **a violação da** integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas **o**



suficiente para dar respostas consonantes com os princípios constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução das funções da responsabilidade civil ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com a violação a direitos fundamentais que invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela constitucionalização do direito civil predis põs uma compreensão de valorização da pessoa e interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia a responsabilidade civil manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem que se deve dar à função preventiva deve ter como norte principal a tutela da vítima em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade da aplicação da função preventiva no direito brasileiro, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um ?giro conceitual?, que se dá pela perda da importância do reconhecimento da culpa e da configuração de ilicitude na verificação do dano, para focar na reparação da vítima ao invés de buscar a reprovação do ofensor, permitindo a tutela de novos interesses e configuração de novos tipos de danos, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à constitucionalização do direito, que traduz a robustez e necessidade da aplicação do modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor das indenizações no lucro das empresas, sintoma da socialização dos riscos. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia a necessidade de privilegiar o princípio da prevenção na responsabilidade civil (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde a ordem jurídica deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna na esfera dos direitos fundamentais, traz a prevenção como instrumento efetivo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, para prevenir a recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores que a doutrina considera autorizadores da função preventiva, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico se traduz em um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta os princípios da prevenção, contra riscos conhecidos e determinados, e da precaução, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85)

Neste sentido foi elaborado o enunciado n. 446, na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011: Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade

Tereza Ancona Lopez segue em defesa da aplicabilidade da função preventiva e afirma que são elementos autorizadores a exposição a risco de dano irreversível e efetiva ameaça de dano que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos da possibilidade de lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção de que as condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial



quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações da responsabilidade civil. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169). Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar da responsabilidade civil a reparação, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da ocorrência do dano levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita, que são campos distintos da responsabilidade e com diferentes formas de atuação, nas quais o cumprimento de determinados deveres impedem a concretização do dano e o dever de indenizar. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.) Crítico à ampliação de funções da responsabilidade civil, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à outras áreas do direito, cabendo à responsabilidade civil o dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto a ausência de reparação quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende a possibilidade de atuação preventiva da responsabilidade civil de forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar ex post (após o dano) e não de forma direta, ex ante (antes do dano). Alega que a previsão normativa é clara no sentido de que o instituto é um remédio aplicado para atuar após a ocorrência do dano. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano, cit., p. 104) Dentre os argumentos contrários à aplicação da função preventiva da responsabilidade civil, os mais relevantes apontam a impossibilidade de responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, a inexistência de instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação de uma função preventiva repercutiria no dever de indenizar. Essa vertente de posicionamento conclui que a função preventiva deveria atuar conjuntamente com a função reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005) Enquanto prevalece a discussão sobre a distinção sobre os campos de atuação na esfera civil e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal a punição, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência de uma função sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos. Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa da função punitiva nas situações sobre o tema do dano moral, inexistente um consenso acerca da sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem no direito romano. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana que o direito romano procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica do



sistema de civil law. A Inglaterra (sistema **de common law**), porém, não abandonou por completo o modelo romano de pena privada. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina dos punitive damages. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos **ao mesmo tempo**, para compensar **a perda sofrida** pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se os punitive damages **às situações de** lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem **dolo ou culpa** grave, **motivo pelo qual não poderiam ser** aplicados na responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Também **não podem ser** aplicados **em casos de** inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados **pela Suprema Corte** norte-americana.

No Brasil, **a discussão sobre** o caráter preventivo (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (dano moral) **e não é** considerado **em função de** dano patrimonial como é **nos Estados Unidos**.

Adaptada **no Brasil**, **a** doutrina do punitive damages foi denominada de Teoria **do Valor do** Desestímulo. Sua aplicação está voltada **para a punição do** ofensor com quantia volumosa **em favor da** vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando **a prevenção e** assegurando a paz social e conseqüente **função social da responsabilidade civil** através de um caráter punitivo pedagógico. Sua configuração **depende da análise da** condição econômica **das partes e** comprovação de culpa do ofensor.

Apesar da falta de análise sistemática, a Teoria **do Valor do** desestímulo **é uma realidade** da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no **STJ (Superior Tribunal de Justiça)**. A menção sobre o caráter punitivo **nem sempre é** expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda **não podem ser** determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria **do Valor do** desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, **assim como os** demais países de civil law, segue o modelo francês **de responsabilidade civil** corretiva, onde há **reparação do dano**, com **a obrigação de** reestabelecer a vítima **ao estado anterior** à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém **o controle da** punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o **?status quo ante?**.

O dano moral, diferente do dano material, **não pode ser** restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. **Também não há previsão** expressa **no ordenamento brasileiro** sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato **da lesão**.

A ausência de contornos expressos para a fixação das indenizações **por dano moral** terminou por autorizar o judiciário a proceder, através **de suas decisões**, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações **concretas, mediante a análise de** critérios que envolvem **a gravidade do** fato, a culpa **do agente**, a culpa concorrente da vítima, o sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, **por outro lado**, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão a função punitiva.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor **na condenação**.

A possibilidade para aplicação da função punitiva, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração



de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões a **direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos**. Esse dilema, não é exclusivo **do sistema brasileiro**, mas comum aos países **do sistema de civil law**.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade **do Estado de** regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos **de responsabilidade civil com** os punitive damages.

Nos dias atuais, a percepção **da necessidade de uma mudança de** paradigma que incorpore uma função punitiva **da responsabilidade civil**, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, **ao dever de** cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente **para prevenir os ilícitos**. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, a função punitiva e pedagógica se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito **à ordem econômica** e social estabelecida **pela Constituição Federal** do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes de condutas lesivas ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, **por exemplo**, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários sofrem em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço **o desejo de** cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito **na prestação de serviços**, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso **na prestação de serviço público**. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, **parte da doutrina entende que a fixação da indenização** deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à **extensão do dano** (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido **com a conduta** danosa), que eleve **o sentimento de perda do** ofensor e dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

?Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e



atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pois não permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos punitive damages? Punitive damages? (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as punitive damages? como a teoria do valor do desestímulo? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das punitive damages? encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre a função punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz parte da doutrina que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.



MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Reparação de danos morais ? teoria **do valor do** desestímulo. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária **na doutrina e jurisprudência** que reconhece a função punitiva da **indenização por dano moral** como extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação **do artigo 944 do Código Civil**. Para a doutrina majoritária, **a limitação do** artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção **da Teoria do Valor do** Desestímulo **no Direito brasileiro**, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência da função punitiva para tutelar **os interesses da** sociedade diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária ? que, aliás, **é a regra** na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência **nacional que, já** de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. **É a fixação de** valor **que serve como** desestímulo a novas agressões, coerente com **o espírito dos** referidos punitivos ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. **Em consonância com** essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e **à sociedade de que não se** aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância **compatível com o** vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, **a fim de que,** sinta efetivamente, a resposta **da ordem jurídica** aos **efeitos do resultado lesivo** produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades **do patrimônio do** lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. **Rio de Janeiro: Forense** Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva ?quando o **comportamento do ofensor** se revelar particularmente reprovável - **dolo ou culpa** grave - e, ainda, **nos casos em que,** independentemente **de culpa, o** agente obtiver lucro com **o ato ilícito** ou incorrer em reiteração **da conduta ilícita?**. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem a função punitiva e pedagógica das indenizações **por dano moral**. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países **do sistema de** civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade punitiva e preventiva, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações por danos extrapatrimoniais.

A ampliação das funções **da responsabilidade civil não** está limitada às decisões **do Superior Tribunal de Justiça** sobre **as indenizações punitivas**, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam a função punitiva pedagógica da indenização, onde fica evidente a adoção **da Teoria do Valor do** Desestímulo e **ao reconhecimento de que a legislação** constitucional **não afasta a possibilidade de se reconhecer** essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados **os princípios e regras** constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ **no julgamento do Recurso Especial 210.101/PR**, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado **da necessidade de** punição do comportamento lesivo devido às consequências **para a sociedade**. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para **o arbitramento do valor da** indenização com caráter compensatório e punitivo, observando as condições pessoais e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade, as peculiaridades de cada caso, **a preocupação com o enriquecimento ilícito, bem como o** desestímulo do ofensor **a repetir o ato ilícito**, servindo assim à **uma espécie de** pena privada nos moldes dos punitivos damages. (REsp 210.101/PR, **Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado**

em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de **responsabilidade civil** amparado na restituição durante muito tempo **se apresentou como** solução adequada aos conflitos, pois, **fruto de uma** realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização **da pessoa humana e dos conceitos de** solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das **esferas de responsabilidade** pública e privada nos países que adotaram o **sistema de** civil law, como Brasil, **Estados Unidos e** Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve **uma mudança de** percepção no ambiente jurídico **de que o modelo** de proteção se daria **no caso concreto**, individualmente, mas **que a resposta** deveria considerar **a dimensão social do ato lesivo**.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber que, apesar das inúmeras condenações **em danos morais**, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam **uma mudança de** conduta mas **uma estratégia de** instrumentalização **da ordem jurídica**, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial **da responsabilidade civil** como instrumento indispensável para concretizar **a proteção da pessoa humana em sua dimensão** social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, **enriquecimento sem causa** e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e de proteção da sociedade que busca **a realização de** justiça material através **de princípios e regras** constitucionais **e que a responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal** que tem tipicidade fechada, pois opera **por meio de cláusulas gerais** onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada **com dolo ou culpa** grave. Não tem autonomia, para aplicá-la o juiz deve verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há **nexo causal entre o** dano e determinada **ação ou omissão**, se há culpa e se **é o caso de** impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era **reparar o dano**, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer **a segurança jurídica** das relações, tutelando **de forma adequada os princípios constitucionais através do** diálogo entre **a função social da responsabilidade civil** e sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre **a teoria da responsabilidade civil sem** dano, cit., p. 98-99). **No mesmo sentido**, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Derecho de daños. Madrid: Civitas,



1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função ? Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, Boletim da Faculdade de Direito, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>; acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014



SCHREIBER, Anderson. **Arbitramento do dano moral no novo Código Civil**. Revista Trimestral **de Direito Civil**, v. 12, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **O futuro da responsabilidade civil**. Revista Trimestral **de Direito Civil**. v. 24 (editorial). **Rio de Janeiro**: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. Responsabilidade civil punitiva **no direito brasileiro**. Juíza de Direito **no Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.



=====

Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Arquivo 2:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf (128150 termos)

Termos comuns: 920

Similaridade: 0,69%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx](#) (5708 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf (128150 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a evolução da responsabilidade civil, e a possibilidade de aplicação da punição como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e prevenção de danos. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às funções da responsabilidade civil para estabelecer a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, com a aplicação da função punitiva nas ações de danos morais enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e punir o ofensor, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das funções da responsabilidade civil desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o de prevenção e sobre as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira em torno da possibilidade de aplicação de medidas punitivas diante da limitação do modelo de reparação e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, a aplicação da função punitiva já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA



INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa interferência na **vida em sociedade**, com **a construção de uma** realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição **doutrinária e jurisprudencial no contexto da responsabilidade civil**, ficou evidente **a discussão sobre o** alargamento das funções **desse ramo do direito civil**.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive **no Superior Tribunal de Justiça**, e por diversos trabalhos de pesquisa **sobre o tema**, defendem abertamente que **a constitucionalização do direito civil** deflagrada **pela Constituição Federal de 1988**, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, **a aplicação da** punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, que a função reparatória não tem amplitude necessária para **a proteção do conjunto das relações** da atualidade, não é consenso que haja permissão para **uma função punitiva** de caráter preventivo, **sob pena de** descaracterização do instituto e da apropriação **do campo de atuação** de **outras áreas do** direito.

Exatamente **no sentido de** esclarecer os posicionamentos **sobre a possibilidade ou não de aplicação da função punitiva**, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte **em que este trabalho** foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu **a responsabilidade civil no** ordenamento brasileiro. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava **o indivíduo e o patrimônio**; **o desenvolvimento do** pensamento doutrinário, afetado pela elevação **da dignidade da pessoa e** do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante **da falta de** efetividade **do ?princípio da restituição?** frente à concretização da irradiação **dos direitos fundamentais** nas relações jurídicas.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou impede **a aplicação de uma função punitiva** de caráter preventivo **no direito brasileiro em face da evolução da responsabilidade civil**.

A presente pesquisa se justifica **no sentido de** apurar se é possível, no ordenamento brasileiro, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar **a prevenção através** do desestímulo a comportamentos lesivos. Sequenciadamente, a problematização trazida **se propõe a** esclarecer se a prevenção contra danos, após a constitucionalização **dos direitos civis**, **pode ou não** estar limitada ao modelo de reparação, pois, **diante de situações concretas**, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, **de forma a** inibir e **desestimular comportamentos** lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever **a evolução da responsabilidade civil e a construção** doutrinária **que permite a aplicação da** punição **como elemento essencial da** efetivação da função preventiva.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo **do desenvolvimento da responsabilidade civil no** Brasil, abordar a transição **do modelo de reparação para o de** prevenção, identificar e analisar as possibilidades **de aplicação da função punitiva, como instrumento de** prevenção mediante **a interpretação da doutrina, e o caráter pedagógico da** punição. A metodologia aplicada **foi a de** finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de dados empíricos.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A **Responsabilidade Civil** é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (**dano patrimonial**) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento.

Inicialmente, a **responsabilidade civil** foi desenvolvida no Brasil, à partir do Código Civil de 1916, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A reparação do ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a Constituição de 1988, a função da responsabilidade civil é estabelecer a reparação integral do ofendido, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse princípio da restituição é o balizador do conceito de responsabilidade civil do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que a fixação de toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, a responsabilidade civil tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no status quo ante.

O apego ao princípio da restituição atrela o campo de atuação da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização civil e a responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da responsabilidade.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo de responsabilidade civil, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva da responsabilidade civil. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da aplicação das normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural da responsabilidade civil calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir a necessidade



de um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões (DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social da responsabilidade civil sem abandonar seus elementos estruturais essenciais.

Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto em razão da sua função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, isto é a sua razão de ser? (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma em que o direito ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade nas relações jurídicas. O sistema jurídico deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações?, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos do instituto e aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde o ordenamento jurídico torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração?.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões levando em conta também os seus efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece no direito brasileiro, com a constitucionalização do direito civil e consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, que promove uma personalização e despatrimonialização da responsabilidade civil.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar os mecanismos de proteção, ampliando as funções da responsabilidade civil. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar a tutela de direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas funções da responsabilidade civil, de maneira que fosse possível prevenir os danos, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, já que a certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, a compreensão da responsabilidade civil como meio de proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito mais do que uma função meramente reparatória da responsabilidade civil. Foram muitas as situações em que a reparação não permitia a superação das consequências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade



física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas **o suficiente para** dar respostas consonantes **com os princípios** constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos **de segurança e risco**. **A mudança de** foco para estruturar a evolução **das funções da responsabilidade civil** ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas **de proteção e prevenção** contra ilícitos, **sob pena de** condescender **com a violação a direitos fundamentais que** invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela **constitucionalização do direito civil** predispôs uma compreensão de valorização **da pessoa e** interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia **a responsabilidade civil** manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva **de direitos**. **Por** isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem **que se deve** dar à função preventiva deve ter como norte principal **a tutela da vítima em** supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade **da aplicação da** função preventiva **no direito brasileiro**, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um ?giro conceitual?, **que se dá** pela perda da importância **do reconhecimento da culpa e da** configuração de ilicitude na **verificação do dano**, **para** focar na **reparação da vítima ao invés de** buscar a reprovação do ofensor, permitindo a tutela de novos interesses e configuração de novos **tipos de danos, mesmo que não** derivem **de atos ilícitos**. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à **constitucionalização do direito**, que traduz a robustez e necessidade **da aplicação do** modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do **valor das indenizações** no lucro das empresas, sintoma **da socialização dos riscos**. Configura a distorção **do instituto da reparação e** evidencia **a necessidade de** privilegiar **o princípio da prevenção na responsabilidade civil** (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde **a ordem jurídica** deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna **na esfera dos direitos fundamentais**, traz a prevenção como instrumento efetivo **no Código de Defesa do Consumidor (CDC)**, **que autoriza a intervenção** tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, **para prevenir a** recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores **que a doutrina** considera autorizadores da função preventiva, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico **se traduz em um ambiente** de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta **os princípios da** prevenção, contra riscos conhecidos e determinados, e da precaução, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85)

Neste sentido foi elaborado **o enunciado n. 446**, na **V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011**: **Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade**

Tereza Ancona Lopez segue em defesa **da aplicabilidade da** função preventiva **e afirma que são** elementos autorizadores a exposição a risco de dano irreversível e efetiva ameaça **de dano que** provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar **os efeitos da possibilidade de** lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)



Foi a percepção **de que as** condenações por violações, entre outros motivos, tanto **na esfera patrimonial** quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações **da responsabilidade civil**. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a **violação dos direitos e a tutela inibitória** material, cit., p. 169).

Contrariamente, existem argumentos **que sustentam que** é função basilar **da responsabilidade civil a reparação**, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma **condenação antes da ocorrência do dano** levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos **da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita**, que são campos distintos **da responsabilidade e** com diferentes formas de atuação, **nas quais o cumprimento de** determinados deveres impedem a concretização **do dano e o dever de indenizar**. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.)

Crítico à ampliação de **funções da responsabilidade civil**, Bruno Leonardo Câmara Carrá **defende que a** repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à **outras áreas do direito**, cabendo à **responsabilidade civil o dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano**, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto **a ausência de reparação** quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende **a possibilidade de** atuação preventiva **da responsabilidade civil de** forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar ex post (após **o dano**) e **não de forma direta**, ex ante (antes do dano). Alega que **a previsão normativa** é clara **no sentido de que o instituto é** um remédio aplicado para atuar **após a ocorrência do dano**. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**, cit., p. 104)

Dentre os argumentos contrários **à aplicação da** função preventiva **da responsabilidade civil**, os mais relevantes apontam **a impossibilidade de** responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, **a inexistência de** instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação **de uma função** preventiva repercutiria **no dever de indenizar**.

Essa vertente de posicionamento **conclui que a** função preventiva deveria atuar conjuntamente **com a função** reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005)

Enquanto prevalece **a discussão sobre a** distinção sobre os campos **de atuação na esfera civil** e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal a punição, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência **de uma função** sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos.

Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa **da função punitiva** nas situações **sobre o tema do dano moral**, inexistente um **consenso acerca da** sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento **da prevenção para** sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem **no direito romano**. Os romanos condenavam em restituição ou compensação **o ato ilícito**, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir **lesão ao interesse** social do estado. Foi apenas em sua era republicana **que o direito romano** procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.



O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica do sistema de civil law. A Inglaterra (sistema de common law), porém, não abandonou por completo o modelo romano de pena privada. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina dos punitive damages. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos ao mesmo tempo, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se os punitive damages às situações de lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, motivo pelo qual não poderiam ser aplicados na responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Também não podem ser aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados pela Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, a discussão sobre o caráter preventivo (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (dano moral) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do punitive damages foi denominada de Teoria do Valor do Desestímulo. Sua aplicação está voltada para a punição do ofensor com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando a prevenção e assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil através de um caráter punitivo pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação de culpa do ofensor.

Apesar da falta de análise sistemática, a Teoria do Valor do desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (Superior Tribunal de Justiça). A menção sobre o caráter punitivo nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda não podem ser determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria do Valor do desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de civil law, segue o modelo francês de responsabilidade civil corretiva, onde há reparação do dano, com a obrigação de reestabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém o controle da punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o status quo ante?.

O dano moral, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. Também não há previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos para a fixação das indenizações por dano moral terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações concretas, mediante a análise de critérios que envolvem a gravidade do fato, a culpa do agente, a culpa concorrente da vítima, o sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, por outro lado, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão a função punitiva.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor na condenação.



A possibilidade para aplicação da função punitiva, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões a direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países do sistema de civil law.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade do Estado de regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos de responsabilidade civil com os punitive damages.

Nos dias atuais, a percepção da necessidade de uma mudança de paradigma que incorpore uma função punitiva da responsabilidade civil, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, ao dever de cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, a função punitiva e pedagógica se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes de condutas lesivas ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários mofam em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, parte da doutrina entende que a fixação da indenização deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à extensão do dano (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido com a conduta danosa), que eleve o sentimento de perda do ofensor e dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

?Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, atualizador Gustavo Tepedino, 10^a ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pois não permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos ?punitive damages?. ?Punitive damages? (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as ?punitive damages? como a ?teoria do valor do desestímulo? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das ?punitive damages? encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre a função punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz parte da doutrina que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há



pena sem lei prévia que a estabeleça.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de danos morais ? teoria do valor do desestímulo**. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária **na doutrina e jurisprudência** que reconhece **a função punitiva da indenização por dano moral como** extensão da função compensatória, **em desacordo com o** entendimento minoritário **de limitação do artigo 944 do Código Civil**. Para a doutrina majoritária, a limitação do artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa **da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro**, é oportuno citar **a lição do jurista Carlos Alberto Bittar** que afirma a coerência **da função punitiva** para tutelar **os interesses da sociedade** diante de comportamentos lesivos:

Adotada **a reparação pecuniária ? que, aliás, é a regra** na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É **a fixação de valor que** serve como desestímulo a novas agressões, coerente **com o espírito** dos referidos punitive ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. **Em consonância com** essa diretriz, **a indenização por danos morais** deve traduzir-se em montante que represente advertência **ao lesante e** à sociedade **de que não se** aceita o comportamento assumido, ou **o evento lesivo** advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância **compatível com o** vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no **patrimônio do lesante, a fim de que**, sinta efetivamente, a resposta **da ordem jurídica** aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, **em razão das** potencialidades **do patrimônio do lesante**.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva ?quando **o comportamento do ofensor** se revelar particularmente reprovável - **dolo ou culpa grave** - e, ainda, **nos casos em que, independentemente de culpa, o** agente obtiver lucro **com o ato ilícito ou** incorrer em **reiteração da conduta ilícita?**. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem **a função punitiva** e pedagógica **das indenizações por dano moral**. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países **do sistema de** civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade punitiva e preventiva, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações **por danos extrapatrimoniais**.

A ampliação **das funções da responsabilidade civil não** está limitada às decisões **do Superior Tribunal de Justiça** sobre **as indenizações punitivas**, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam **a função punitiva** pedagógica da indenização, onde fica evidente **a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo e ao reconhecimento de que a legislação** constitucional **não afasta a possibilidade de se reconhecer** essa função, ao contrário, permite adaptações quando **observados os princípios e regras** constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento **do Recurso Especial 210.101/PR**, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado **da necessidade de** punição **do comportamento lesivo** devido às consequências **para a sociedade**. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para o arbitramento **do valor da indenização com caráter** compensatório e punitivo, observando as condições pessoais **e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade**, as **peculiaridades de cada caso, a preocupação com o** enriquecimento ilícito, **bem como o** desestímulo do ofensor **a repetir o ato ilícito**, servindo assim à **uma espécie de** pena privada nos moldes **dos punitive**



damages. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de responsabilidade civil amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização da pessoa humana e dos conceitos de solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o sistema de civil law, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico de que o modelo de proteção se daria no caso concreto, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber que, apesar das inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização da ordem jurídica, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial da responsabilidade civil como instrumento indispensável para concretizar a proteção da pessoa humana em sua dimensão social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, enriquecimento sem causa e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e de proteção da sociedade que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais e que a responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal que tem tipicidade fechada, pois opera por meio de cláusulas gerais onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la o juiz deve verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há nexos causal entre o dano e determinada ação ou omissão, se há culpa e se é o caso de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era reparar o dano, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada os princípios constitucionais através do diálogo entre a função social da responsabilidade civil e sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano,



cit., p. 98-99). **No mesmo sentido**, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro **do Superior Tribunal de Justiça**. **PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.
BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função ? Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, **Boletim da Faculdade de Direito**, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva / Ricardo Dal Pizzol**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. **PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL**. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: **Quartier Latin**, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica**. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225.
Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>>, acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. **Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano**. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014



SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 24 (editorial). *Rio de Janeiro*: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro. *Juíza de Direito no Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.



=====

Arquivo 1: [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx \(5708 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://www.google.com.br/url?esrc=s> (27 termos)

Termos comuns: 0

Similaridade: 0,00%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - FABRICIO MARINS BRANDÃO.docx \(5708 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://www.google.com.br/url?esrc=s> (27 termos)

=====

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabricio Marins Brandão¹

Joelma Ferreira Silva Primo Pacheco²

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a evolução da responsabilidade civil, e a possibilidade de aplicação da punição como mecanismo efetivo de tutela constitucional do direito à reparação e prevenção de danos. O recorte trata da interpretação doutrinária dada às funções da responsabilidade civil para estabelecer a efetiva prevenção contra possíveis condutas ilícitas, com a aplicação da função punitiva nas ações de danos morais enquanto caminho utilizado para prevenir atos ilícitos e punir o ofensor, eliminando, reduzindo ou desencorajando outras condutas nocivas. Será feita uma abordagem sobre a evolução das funções da responsabilidade civil desde suas origens no direito romano, a transição do modelo de reparação para o de prevenção e sobre as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção, mediante a interpretação da doutrina. A problematização da pesquisa gira em torno da possibilidade de aplicação de medidas punitivas diante da limitação do modelo de reparação e sua incapacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos. Embora as posições contrárias à função punitiva aleguem falta de previsibilidade expressa, a aplicação da função punitiva já é realidade em inúmeros julgados.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO PEDAGÓGICA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO. 2. A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO. 3. A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA

INTRODUÇÃO

Nesse momento delicado da sociedade brasileira, onde a evolução tecnológica impõe significativa



interferência na vida em sociedade, com a construção de uma realidade alheia às previsões legislativas instituídas, que possibilitam inúmeras condutas abusivas, torna-se indispensável estimular o debate sobre a evolução de entendimentos jurídicos que permitam equilibrar as relações, o desenvolvimento econômico e social, orientar comportamentos e desestimular atos lesivos.

Ao analisar a posição doutrinária e jurisprudencial no contexto da responsabilidade civil, ficou evidente a discussão sobre o alargamento das funções desse ramo do direito civil.

Determinado conjunto de autores, referendados por inúmeros julgados, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, e por diversos trabalhos de pesquisa sobre o tema, defendem abertamente que a constitucionalização do direito civil deflagrada pela Constituição Federal de 1988, autoriza, através tanto de elementos formais quanto materiais, a aplicação da punição nas indenizações contra danos morais para prevenir futuros comportamentos lesivos.

Apesar do reconhecimento quase unânime, identificado no conjunto de autores analisados, que a função reparatória não tem amplitude necessária para a proteção do conjunto das relações da atualidade, não é consenso que haja permissão para uma função punitiva de caráter preventivo, sob pena de descaracterização do instituto e da apropriação do campo de atuação de outras áreas do direito.

Exatamente no sentido de esclarecer os posicionamentos sobre a possibilidade ou não de aplicação da função punitiva, em análise dos fundamentos sobre cada posição, foi o recorte em que este trabalho foi desenvolvido.

Inicialmente, foi analisado o contexto que estabeleceu a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro. Foram abordados o objetivo inicial do instituto; seu contexto social, dentro do modelo constitucional que priorizava o indivíduo e o patrimônio; o desenvolvimento do pensamento doutrinário, afetado pela elevação da dignidade da pessoa e do contexto de solidariedade, trazidos pela Constituição de 1988, e forçado a se posicionar diante da falta de efetividade do princípio da restituição frente à concretização da irradiação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

O objetivo da pesquisa deste artigo firmou-se em apontar a fundamentação doutrinária que autoriza ou impede a aplicação de uma função punitiva de caráter preventivo no direito brasileiro em face da evolução da responsabilidade civil.

A presente pesquisa se justifica no sentido de apurar se é possível, no ordenamento brasileiro, aplicar uma punição pedagógica capaz de efetivar a prevenção através do desestímulo a comportamentos lesivos.

Sequenciadamente, a problematização trazida se propõe a esclarecer se a prevenção contra danos, após a constitucionalização dos direitos civis, pode ou não estar limitada ao modelo de reparação, pois, diante de situações concretas, este não tem demonstrado capacidade de produzir resultados efetivos para tutelar direitos fundamentais, de forma a inibir e desestimular comportamentos lesivos.

Tornou-se o objetivo geral descrever a evolução da responsabilidade civil e a construção doutrinária que permite a aplicação da punição como elemento essencial da efetivação da função preventiva.

Como objetivos específicos demonstrou-se necessário na construção da pesquisa apresentar o processo evolutivo do desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil, abordar a transição do modelo de reparação para o de prevenção, identificar e analisar as possibilidades de aplicação da função punitiva, como instrumento de prevenção mediante a interpretação da doutrina, e o caráter pedagógico da punição. A metodologia aplicada foi a de finalidade exploratória, mediante análise de bibliografia especializada e documentação jurídica, assim como levantamento de dados empíricos.

O MODELO BRASILEIRO DE RESPONSABILIZAÇÃO FOCADO NA REPARAÇÃO

A Responsabilidade Civil é o ramo do direito que busca a reparação pelo dano causado por atos lícitos e ilícitos, através de ressarcimento (dano patrimonial) ou compensação (extrapatrimonial). Sua função primordial, determinada pelo Código civil de 2002, é reestabelecer à vítima o estado anterior ao ilícito, devolvendo o que se perdeu, dando o que se deixou de lucrar ou compensando o sofrimento.

Inicialmente, a responsabilidade civil foi desenvolvida no Brasil, à partir do Código Civil de 1916, com função estritamente reparatória, com fundamento em uma abordagem sobre o indivíduo e o patrimônio, influenciada pelo Código Civil Francês. A reparação do ofendido exigia a comprovação do dano, referendado pela culpa, para posicionar o ofensor mediante determinada obrigação. (SCHREIBER, 2002) Atualmente, após a Constituição de 1988, a função da responsabilidade civil é estabelecer a reparação integral do ofendido, englobando todos os danos consumados pelo ofensor, inclusive, permitindo a cumulação de modalidades, vide Súmula 37 do STJ, Súmula 387 do STJ e art. 5º, V, da Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de responsabilidade totalmente influenciado pelo modelo de justiça corretiva de Aristóteles, onde a indenização contempla a devolução exata daquilo que foi destituído, corrigindo a situação de prejuízo. Esse "princípio da restituição" é o balizador do conceito de responsabilidade civil do código de 1916.

Essa conceituação condicionou doutrina e jurisprudência ao entendimento de que a fixação de toda e qualquer indenização estaria limitada a essa equivalência como única vertente possível. Para Autores como Menezes de Direito, a responsabilidade civil tem seu fim quando ocorre a restauração do equilíbrio jurídico-econômico através da indenização patrimonial do lesado, recolocando-o no status quo ante.

O apego ao "princípio da restituição" atrela o campo de atuação da responsabilização civil à tutela exclusiva de interesses patrimoniais, onde os efeitos de condutas danosas poderiam ser considerados apenas por análise de critérios materiais objetivos. Esse princípio exerceu tamanha força no direito que permitiu se estabelecer como critério de distinção entre a responsabilização civil e a responsabilização penal (PÜSCHEL, 2007. p.20), quando o debate versasse sobre a área de atuação de cada campo da responsabilidade.

A extrema importância atribuída à restituição por esse modelo de responsabilidade civil, ignorava por completo qualquer comprometimento com a censura de condutas lesivas. Como resultado desse comportamento interpretativo, revelou-se uma disseminação no sentimento de despreocupação em evitar as causas de danos. Os modelos de gestão passaram à incorporar os custos com indenizações nos preços de produtos e serviços.

A constitucionalização do Direito e as transformações da vida em sociedade passaram a impor questionamentos contundentes a esse modelo de exata reparação como resposta exclusiva da responsabilidade civil. A solidariedade, enquanto objetivo da República (art. 3º, I, da CF) e a tutela constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) surgem como princípios orientadores da aplicação das normas jurídicas. Perde força na doutrina o modelo estrutural da responsabilidade civil calcado na reparação como meio exclusivo de restituição ao estado anterior da vítima de dano. Mostra-se insuficiente, quando ignora a importância das implicações dos litígios nos interesses da sociedade (ROSENVALD, 2014. p. 31) e começa a permitir uma abordagem que considera não só sua flexibilização, como também a possibilidade de sua superação como elemento imprescindível, ao admitir a necessidade de um modelo interpretativo comprometido em impor sanções capazes de evitar a ocorrência de lesões (DIAS, 2006, p.341). Adotando uma finalidade social da responsabilidade civil sem abandonar seus elementos estruturais essenciais.



Inaugura-se na doutrina uma perspectiva de aplicabilidade da responsabilização civil que condiciona a estruturação do instituto em razão da sua função, colocando no centro da discussão o interesse tutelado como, segundo Salvatore Pugliatti, 'a razão genética do instrumento, e a razão permanente de seu emprego, isto é a sua razão de ser?' (apud RODRIGUES, 2020, p.3). Neste momento a abordagem funcionalista passa a ter prevalência sobre a estruturalista. Os estudiosos do direito passam a se preocupar em saber para que serve o direito, em detrimento da preocupação sobre como é feito ou se organiza. (BOBBIO, 2007, p.53). Uma mudança de paradigma em que o direito ultrapassa a análise da relação do instituto com a norma instituída para uma nova interpretação que prioriza uma relação entre o instituto, a norma e a aplicabilidade nas relações jurídicas. O sistema jurídico deixa de ser um sistema fechado e passa a ampliar a comunicação com os movimentos de transformação que acontecem na sociedade. (Pizzol, , p.).

A aplicação de uma abordagem funcionalista confere maior dinamismo ao direito, que passa, segundo Ricardo Pizzol, a direcionar comportamentos e promover transformações?, permitindo imprimir maior relevância aos interesses da sociedade, aos objetivos do instituto e aos efeitos de sua aplicação nas relações sociais. Onde 'o ordenamento jurídico torna-se um sistema em permanente construção e reelaboração?.

Neste modelo, conceituado por Castanheira Neves (1998) como funcionalismo jurídico, permite que o juiz tome decisões levando em conta também os seus efeitos ao analisar as opções que a interpretação da lei permitir, considerando os fins e objetivos da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p.24)

Essa transformação que acontece no direito brasileiro, com a constitucionalização do direito civil e consequente mudança de direcionamento interpretativo, é estimulado pela preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, que promove uma personalização e despatrimonialização da responsabilidade civil.

Coube à doutrina e jurisprudência a responsabilidade de adequar as normas e qualificar os mecanismos de proteção, ampliando as funções da responsabilidade civil. Pois ficou evidente que existiam situações de intensa gravidade as quais as previsões estabelecidas tornaram-se insuficientes para reestabelecer o estado anterior da vítima.

Parte da doutrina e jurisprudência, então, entendeu ser inevitável compatibilizar a tutela de direitos à nova realidade e estabelecer uma mediação entre a estrutura de simples reparação e as novas funções da responsabilidade civil, de maneira que fosse possível prevenir os danos, impondo sanções antes mesmo do dano ocorrer, já que a certeza de ressarcimento, quando estiver evidenciado o dano, nem sempre permite evitar condutas lesivas recorrentes.

Embora pacificada, a compreensão da responsabilidade civil como meio de proporcionar justiça e recuperar o equilíbrio das interações sociais por meio apenas da reparação, estava ultrapassada.

A TRANSIÇÃO PARA O MODELO DE PREVENÇÃO

A conjuntura socioeconômica passou a exigir muito mais do que uma função meramente reparatória da responsabilidade civil. Foram muitas as situações em que a reparação não permitia a superação das consequências do dano, pois a conduta já havia provocado sequelas que apenas a transferência de valores não podia sanar, como a destruição do meio ambiente, a lesão à saúde, a violação da integridade física ou da honra. Somente medidas preventivas podiam conter ou desestimular condutas lesivas o suficiente para dar respostas consonantes com os princípios constitucionais. (LOPEZ, 2010. p.79)

A tutela constitucional de preceitos de dignidade e solidariedade não prescindia ignorar elementos de

segurança e risco. A mudança de foco para estruturar a evolução das funções da responsabilidade civil ultrapassou o expediente meramente reparatório e estabeleceu um consenso que permitia a solidificação do modelo preventivo no ordenamento brasileiro com o avanço em medidas efetivas de proteção e prevenção contra ilícitos, sob pena de condescender com a violação a direitos fundamentais que invariavelmente incidiriam no enfraquecimento das relações humanas, inviabilizando condições favoráveis ao desenvolvimento adequado do processo socioeconômico. (LOPEZ, 2010. p. 61-62)

A personalização e solidariedade estabelecidas pela constitucionalização do direito civil predis põem uma compreensão de valorização da pessoa e interesse da sociedade nas consequências dos resultados das relações entre os entes privados. Não poderia a responsabilidade civil manter-se indiferente sobre questões de proteção efetiva de direitos. Por isso Mafalda Miranda Barbosa (2005) insiste que a abordagem que se deve dar à função preventiva deve ter como norte principal a tutela da vítima em supremacia sobre a análise pelo viés econômico.

Antevendo a possibilidade da aplicação da função preventiva no direito brasileiro, Orlando Gomes explica que essa condição se configura em um ?giro conceitual?, que se dá pela perda da importância do reconhecimento da culpa e da configuração de ilicitude na verificação do dano, para focar na reparação da vítima ao invés de buscar a reprovação do ofensor, permitindo a tutela de novos interesses e configuração de novos tipos de danos, mesmo que não derivem de atos ilícitos. (apud RODRIGUES, 2020, p.6)

Um sintoma da falência da abordagem tradicional de ressarcimento anterior à constitucionalização do direito, que traduz a robustez e necessidade da aplicação do modelo preventivo, pode ser verificado na estratégia de incorporação do valor das indenizações no lucro das empresas, sintoma da socialização dos riscos. Configura a distorção do instituto da reparação e evidencia a necessidade de privilegiar o princípio da prevenção na responsabilidade civil (ROSENVALD, 2014. p.194), traduzindo-se na oportunidade de implementação da tutela preventiva, onde a ordem jurídica deve atuar na situação concreta para inibir a concretização do dano. (PERLINGIERI, 2008, p.768)

A proteção e defesa do Consumidor, inseridas pela Carta Magna na esfera dos direitos fundamentais, traz a prevenção como instrumento efetivo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que autoriza a intervenção tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, para prevenir a recorrência de comportamento lesivo gerador de dano. (Art. 6º, VI e VII do CDC)

Dentre outros fatores que a doutrina considera autorizadores da função preventiva, Tereza Ancona Lopez ressalta que a imprevisibilidade do desenvolvimento científico e tecnológico se traduz em um ambiente de riscos no qual a incerteza predomina. Essa incerteza fundamenta os princípios da prevenção, contra riscos conhecidos e determinados, e da precaução, contra riscos hipotéticos ou virtuais. (LOPEZ, 2010. p.85)

Neste sentido foi elaborado o enunciado n. 446, na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011: Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade

Tereza Ancona Lopez segue em defesa da aplicabilidade da função preventiva e afirma que são elementos autorizadores a exposição a risco de dano irreversível e efetiva ameaça de dano que provoque medo plausível, cabendo ao jurista compatibilizar os efeitos da possibilidade de lesão à tutela dos princípios constitucionais estabelecidos. (LOPEZ, 2010, p.240)

Foi a percepção de que as condenações por violações, entre outros motivos, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial, não alcançaram o objetivo esperado, que expôs o debate sobre as limitações da responsabilidade civil. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil



preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material, cit., p. 169). Contrariamente, existem argumentos que sustentam que é função basilar da responsabilidade civil a reparação, seu elemento intrínseco. Uma modificação destinada a possibilitar uma condenação antes da ocorrência do dano levaria a um desvirtuamento do instituto, abarcando elementos externos da responsabilidade como o direito de vizinhança e o direito de visita, que são campos distintos da responsabilidade e com diferentes formas de atuação, nas quais o cumprimento de determinados deveres impedem a concretização do dano e o dever de indenizar. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 1999, p. 41.) Crítico à ampliação de funções da responsabilidade civil, Bruno Leonardo Câmara Carrá defende que a repressão de condutas de maior de percussão social está destinada à outras áreas do direito, cabendo à responsabilidade civil o dever de estabelecer a reparação em decorrência do dano, não anterior a ele. Para justificar sua posição, Carrá cita Guido Calabresi que considera muito grave tanto a ausência de reparação quanto a obrigação conflagrada sem a existência dos elementos essenciais. Defende a possibilidade de atuação preventiva da responsabilidade civil de forma conglobante, paralela à função reparatória, devendo atuar ex post (após o dano) e não de forma direta, ex ante (antes do dano). Alega que a previsão normativa é clara no sentido de que o instituto é um remédio aplicado para atuar após a ocorrência do dano. (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem dano, cit., p. 104) Dentre os argumentos contrários à aplicação da função preventiva da responsabilidade civil, os mais relevantes apontam a impossibilidade de responsabilização sem dano, por conduta perigosa ou ilícita, a inexistência de instrumentos aptos a conferir a legitimidade da pretensão preventiva e os efeitos que a implementação de uma função preventiva repercutiria no dever de indenizar. Essa vertente de posicionamento conclui que a função preventiva deveria atuar conjuntamente com a função reparatória, sendo desnecessário o superdimensionamento da função preventiva, que resultaria numa divisão do instituto e sua conseqüente banalização, ainda que sua implementação significasse uma readequação. (TEPEDINO, 2005) Enquanto prevalece a discussão sobre a distinção sobre os campos de atuação na esfera civil e penal, considerando ser obrigação da esfera civil a restituição e da esfera penal a punição, e noutra a discussão situa-se entre a prevalência de uma função sobre a outra ? reparatória ou preventiva -, a jurisprudência parece ter avançado, inclusive nas instâncias superiores, ao proferir decisões com caráter punitivo, comprometidos em estabelecer um aspecto pedagógico na prevenção contra danos. Embora em algumas decisões haja pronúncia expressa da função punitiva nas situações sobre o tema do dano moral, inexistente um consenso acerca da sua aplicabilidade. Repetidamente utiliza-se o argumento da prevenção para sua utilização.

A APLICAÇÃO DA PUNIÇÃO: POSSIBILIDADES E CARÁTER PEDAGÓGICO

A responsabilização civil dotada de caráter punitivo adotada atualmente, tem origem no direito romano. Os romanos condenavam em restituição ou compensação o ato ilícito, mas também aplicavam pena privada como punição pela lesão, espécie de vingança. As penas privadas eram diferentes das penas públicas. As privadas visavam punir por lesões ao interesse privado enquanto a pena pública visava punir lesão ao interesse social do estado. Foi apenas em sua era republicana que o direito romano procurou diferenciar os ilícitos penais e privados.

O Código Civil francês trouxe a separação definitiva entre os ilícitos penais e civis, característica do sistema de civil law. A Inglaterra (sistema de common law), porém, não abandonou por completo o modelo romano de pena privada. O sistema inglês incorporou o sistema romano através do Statute of Councester



, em 1278 e o desenvolveu até criar a doutrina dos punitive damages. Esse instituto possibilita a compensação e punição de danos ao mesmo tempo, para compensar a perda sofrida pela vítima, aplicando punição exemplar em ilícitos graves, para repelir a reiteração da conduta delitiva.

Nos Estados Unidos, país de sistema de civil law assim como o Brasil, aplicam-se os punitive damages às situações de lesão patrimonial e extrapatrimonial que ensejem dolo ou culpa grave, motivo pelo qual não poderiam ser aplicados na responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Também não podem ser aplicados em casos de inadimplemento contratual, apenas na esfera extracontratual. Sua fixação obedece à parâmetros fixados pela Suprema Corte norte-americana.

No Brasil, a discussão sobre o caráter preventivo (deterrence) e punitivo (punishment) está atrelado ao dano extrapatrimonial (dano moral) e não é considerado em função de dano patrimonial como é nos Estados Unidos.

Adaptada no Brasil, a doutrina do punitive damages foi denominada de Teoria do Valor do Desestímulo. Sua aplicação está voltada para a punição do ofensor com quantia volumosa em favor da vítima. Pretende desencorajar qualquer outro membro da sociedade à praticar conduta semelhante, fomentando a prevenção e assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil através de um caráter punitivo pedagógico. Sua configuração depende da análise da condição econômica das partes e comprovação de culpa do ofensor.

Apesar da falta de análise sistemática, a Teoria do Valor do desestímulo é uma realidade da jurisprudência brasileira, presente tanto em decisões proferidas em tribunais estaduais quanto no STJ (Superior Tribunal de Justiça). A menção sobre o caráter punitivo nem sempre é expresso, mas facilmente perceptível. Seus efeitos ainda não podem ser determinados pois não ainda há estudos nesse sentido.

Percebe-se pelos inúmeros julgados do STJ uma tendência de aceitação dos conceitos adotados pela Teoria do Valor do desestímulo, mesmo que sujeitos a adaptação. (REsp 210.101/PR, REsp 839.923/MG, REsp 1.300.187/MS, REsp 1.656.614/SC)

O Brasil, assim como os demais países de civil law, segue o modelo francês de responsabilidade civil corretiva, onde há reparação do dano, com a obrigação de reestabelecer a vítima ao estado anterior à lesão. Nesse modelo, é o Estado que detém o controle da punição ao aplicar sanções penais. Resta ao direito privado requerer a restituição do equivalente monetário capaz de devolver o status quo ante?.

O dano moral, diferente do dano material, não pode ser restituído, apenas compensado (SANTOS, 2003). Invariavelmente é impossível reestabelecer o ofendido ao seu estado anterior. Também não há previsão expressa no ordenamento brasileiro sobre seu conceito ou dos elementos para formadores da compensação, dado o caráter abstrato da lesão.

A ausência de contornos expressos para a fixação das indenizações por dano moral terminou por autorizar o judiciário a proceder, através de suas decisões, a materialização da incorporação dos princípios constitucionais às situações concretas, mediante a análise de critérios que envolvem a gravidade do fato, a culpa do agente, a culpa concorrente da vítima, o sofrimento da vítima, situação econômica e até sua condição social e política.

Essa falta de parâmetros objetivos também, por outro lado, dá maiores condições ao julgador para incorporar à decisão a função punitiva.

Importante distinguir a compensação atribuída ao dano moral, que pretende aliviar o sofrimento da vítima, da punição imposta ao ofensor na condenação.

A possibilidade para aplicação da função punitiva, portanto, encontra brechas na dificuldade de elaboração de uma sistematização que consiga responder ao dilema das lesões a direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos. Esse dilema, não é exclusivo do sistema brasileiro, mas comum aos países do sistema

de civil law.

Tornou-se latente afirmar funções que pudessem inibir as condutas violadoras.

No entanto, a complexidade das relações, estimulada pelos imensos desafios trazidos pela velocidade das transformações e visível incapacidade do Estado de regular essas transformações, incitou sistemas jurídicos de países como Brasil, Itália, Alemanha e França a adotarem medidas que aproximaram seus institutos de responsabilidade civil com os punitive damages.

Nos dias atuais, a percepção da necessidade de uma mudança de paradigma que incorpore uma função punitiva da responsabilidade civil, encontra respaldo tanto na jurisprudência majoritária, abundante em condenações que citam o caráter punitivo pedagógico nas decisões, quanto na sociedade em geral, contumaz vítima de práticas lesivas. Inúmeros são os exemplos que atentam à boa-fé objetiva, ao dever de cuidar e à ética empresarial, onde a prestação pecuniária é evidentemente ineficiente para prevenir os ilícitos. A própria evolução de determinada comunidade depende de ações pautadas pela urbanidade, pela ética e por noções modernas de cidadania e responsabilidade.

Diferentemente da função reparatória que pretende satisfazer o equilíbrio patrimonial, a função punitiva e pedagógica se traduz como modelo adequado que trava um combate com o desrespeito à ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

A satisfação por benefícios resultantes de condutas lesivas ou a lucratividade adquirida pelo sacrifício de terceiros exprimem uma prática comum, por exemplo, no meio empresarial.

Frequentemente planos de saúde negam atendimento para cobertura de procedimentos obrigatórios; clientes de estabelecimentos bancários mofam em demoradas filas para que essas instituições maximizem seus lucros ao economizar com contratação de funcionários; Comércio vendem produtos que rapidamente apresentam defeito, obrigando os consumidores à uma verdadeira peregrinação às assistências técnicas para solucionar o problema; Desgaste ao lidar com as centrais de atendimento ao consumidor, que nunca oferecem as opções determinadas pela legislação e tentam vencer pelo cansaço o desejo de cancelar um serviço; Ter sempre que ouvir negativas de apoio de empresas aéreas por defeito na prestação de serviços, extravio de bagagens, atraso de voos, enquanto o consumidor precisa estar sempre à disposição; Má vontade, irresponsabilidade e descaso na prestação de serviço público. A lista é infinita.

Por situações semelhantes, parte da doutrina entende que a fixação da indenização deve contemplar aspectos mais amplos de análise, observando fatores exteriores à extensão do dano (gravidade do fato, grau de culpa do ofensor, aspectos financeiros, favorecimento obtido com a conduta danosa), que eleve o sentimento de perda do ofensor e dissemine o aspecto punitivo pedagógico da decisão, como afirma Caio Mário da Silva:

?Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade.

Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam. A vítima de dano provocado dolosamente por outrem sofre dano moral mais intenso do que o experimentado por pessoa ofendida por ato meramente culposos.?

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, atualizador Gustavo Tepedino, 10ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 413-414.

Para alguns doutrinadores essa aproximação afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal, pois não



permite indenização punitiva, apenas autoriza a indenização na exata medida da lesão sofrida, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Na ocasião, o eminente relator, Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, fez importantes considerações, in verbis:

Deveras, é fato que se vive hoje um novo tempo no direito, quer com o reconhecimento (e mais do que isto, como garantia constitucional) da indenização por dano moral, quer - e aí com revelação de certa perplexidade - no concernente à sua fixação ou avaliação pecuniária, à míngua de indicadores concretos. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação? Quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos *punitive damages*. *Punitive damages* (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as *punitive damages* como a *teoria do valor do desestímulo*? posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Ao refletir sobre a função punitiva da indenização Sérgio Pinheiro Marçal faz parte da doutrina que rejeita os parâmetros utilizados nas decisões para elevar o valor da indenização e é completamente contrário do que considera usurpação de funções do direito criminal:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. *Reparação de danos morais ? teoria do valor do desestímulo*. N.º 7. *Juris Síntese*. CD-ROM.

Contudo, há uma posição majoritária na doutrina e jurisprudência que reconhece a função punitiva da indenização por dano moral como extensão da função compensatória, em desacordo com o entendimento minoritário de limitação do artigo 944 do Código Civil. Para a doutrina majoritária, a limitação do artigo 944 está vinculada à valoração dos danos patrimoniais apenas.

Em defesa da adoção da Teoria do Valor do Desestímulo no Direito brasileiro, é oportuno citar a lição do jurista Carlos Alberto Bittar que afirma a coerência da função punitiva para tutelar os interesses da sociedade diante de comportamentos lesivos:

Adotada a reparação pecuniária ? que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil: teoria e prática. 3ª ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

Sergio Cavalieri Filho é outro defensor da reparação punitiva ?quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita?. Afirma ainda que são exceções as decisões que não admitem a função punitiva e pedagógica das indenizações por dano moral. (CAVALIERI, p. 98.)

Nos países do sistema de civil law como o Brasil, que adotaram medidas com finalidade punitiva e preventiva, as indenizações não possuem caráter autônomo e estão vinculadas às reparações por danos extrapatrimoniais.

A ampliação das funções da responsabilidade civil não está limitada às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as indenizações punitivas, os tribunais estaduais estão repletos de sentenças que autorizam a função punitiva pedagógica da indenização, onde fica evidente a adoção da Teoria do Valor do Desestímulo e ao reconhecimento de que a legislação constitucional não afasta a possibilidade de se reconhecer essa função, ao contrário, permite adaptações quando observados os princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis.

O STJ no julgamento do Recurso Especial 210.101/PR, onde a decisão unânime da quarta Turma, exemplifica o entendimento sedimentado da necessidade de punição do comportamento lesivo devido às consequências para a sociedade. Nesta decisão, a o Tribunal superior descreve quais elementos devem ser observados para o arbitramento do valor da indenização com caráter compensatório e punitivo, observando as condições pessoais e econômicas das partes, razoabilidade e proporcionalidade, as peculiaridades de cada caso, a preocupação com o enriquecimento ilícito, bem como o desestímulo do ofensor a repetir o ato ilícito, servindo assim à uma espécie de pena privada nos moldes dos punitive damages. (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe de 9/12/2008)

CONCLUSÃO

O modelo de responsabilidade civil amparado na restituição durante muito tempo se apresentou como solução adequada aos conflitos, pois, fruto de uma realidade caracterizada por posicionamentos individuais e que priorizava a esfera patrimonial, atendia às demandas que se insurgiam. Esse modelo, com o desenrolar da história e evolução constitucional dos estados, apesar de ainda ser importante para a composição material dos danos, mostrou-se insuficiente para criar um ambiente capaz de desestimular condutas lesivas.

A valorização da pessoa humana e dos conceitos de solidariedade demandava uma abordagem que pudessem responder aos constantes comportamentos inconsistentes com esse novo paradigma de valorização do pensamento protetivo das relações.

Apesar da separação das esferas de responsabilidade pública e privada nos países que adotaram o sistema de civil law, como Brasil, Estados Unidos e Itália, por exemplo, ambos precisaram adequar seus modelos jurídicos para frear uma ruptura nas relações de confiança da sociedade.

Houve uma mudança de percepção no ambiente jurídico de que o modelo de proteção se daria no caso concreto, individualmente, mas que a resposta deveria considerar a dimensão social do ato lesivo.

Ao entender que o ofendido em uma conduta lesiva não é só o indivíduo e perceber que, apesar das inúmeras condenações em danos morais, havia uma frequência cada vez maior de litígios e mesmo assim as condenações não significavam uma mudança de conduta mas uma estratégia de instrumentalização da ordem jurídica, muitas vezes voltada ao lucro, o conjunto das decisões passou a apontar a afirmação da punição pedagógica como função essencial da responsabilidade civil como instrumento indispensável para concretizar a proteção da pessoa humana em sua dimensão social.

O entendimento doutrinário favorável demonstrou prevalência sobre os argumentos contrários. Os principais argumentos contrários consistiam em afirmar usurpação de atribuição da esfera civil sobre a penal, enriquecimento sem causa e inexistência de autorização legal. Em resposta, os julgados consideraram o aspecto punitivo das decisões como uma ferramenta legítima de equidade e de proteção da sociedade que busca a realização de justiça material através de princípios e regras constitucionais e que a responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal que tem tipicidade fechada, pois opera por meio de cláusulas gerais onde a ilicitude é atípica, com caráter aberto e dinâmico que permite flexibilidade nas decisões.

O caráter punitivo pedagógico, portanto, firmou-se como realidade doutrinária e jurisprudencial que visa desestimular a conduta reprovável praticada com dolo ou culpa grave. Não tem autonomia, para aplicá-la o juiz deve verificar se houve dano, se o dano é relevante, se há nexos causal entre o dano e determinada ação ou omissão, se há culpa e se é o caso de impor sanções exemplares.

Enquanto no passado a preocupação era reparar o dano, reestabelecendo o estado anterior, a relevância passou a mirar em prevenir as lesões e estabelecer a segurança jurídica das relações, tutelando de forma adequada os princípios constitucionais através do diálogo entre a função social da responsabilidade civil e sua dimensão preventiva.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano, cit., p. 98-99). No mesmo sentido, vide DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999, p. 41.

Araújo Filho, Raul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. PUNITIVE DAMAGES E SUA



APLICABILIDADE NO BRASIL. Doutrina: edição comemorativa 25 anos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acessado em 10 de nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função ? Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema ? Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, Boletim da Faculdade de Direito, v. LXXIV, 1998, Coimbra.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.

DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva / Ricardo Dal Pizzol. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, Ministro Raul Araújo. PUNITIVE DAMAGES e SUA APLICABILIDADE NO BRASIL. Disponível em : <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em 10 nov. 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em 07 dez. 2023.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade Civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. FGV, São Paulo, 2007

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-mais-facil-apelar-a-justica-que-manter-um-call-center/100276156>, acesso em: 21 nov. 2023.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. Conclusões sobre Dissertação em Mestrado em direito. 37 f. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/505>. Acessado em Acesso em 07 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 12, 2002.



TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24 (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

ZANINI, Vilma T. L. F. Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro. Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download /EPM /Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d =636 808166395003082>. Acesso em: 11 nov. 2023.