

USOS E ABUSOS DA FUNÇÃO PUNITIVA

(punitive damages e o
Direito brasileiro)

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler

RESUMO

Examinam o instituto dos punitive damages, o qual pode ser traduzido como “indenização punitiva”, e sua compatibilidade com o Direito brasileiro, uma vez que essa pena vem conquistando progressiva aceitação na doutrina e jurisprudência.

Trazem à colação julgados ocorridos nos Estados Unidos da América que exemplificam os mecanismos e limites dos punitive damages, sendo, nesses casos, considerado imprescindível, para se alcançar resultado útil com a punição/prevenção, a comprovação de elementos subjetivos a marcarem a conduta do ofensor.

No Brasil, alegam, o instituto dos punitive damages, não-raro, é confundido com o caráter punitivo associado à indenização do dano extrapatrimonial, sendo invocado, muitas vezes, para conferir caráter exemplar a certas decisões. Tal não se justifica, uma vez que o sistema brasileiro oferece amplas possibilidades de satisfazer, indenizar ou compensar os danos morais, tanto no novo Código Civil quanto na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; dano – extrapatrimonial, moral; novo Código Civil – arts. 944, 953, 954; responsabilidade – civil, objetiva, subjetiva; punitive damages; Direito – brasileiro, anglo-saxão.

No prefácio à quarta edição do seu *Problemas Brasileiros de Antropologia*, em 1973, alertava Gilberto Freyre para a importância de se atentar aos dados sociológicos e antropológicos na análise dos problemas nacionais. No seu entender, a compreensão desses problemas não seria alcançada nem pelo apego simplista às soluções jurídico-políticas, nem pelo ingênuo pan-econômismo messiânico então em voga, nem por quaisquer outras saídas que, desconhecendo os nossos dados culturais de base, nada mais estariam a significar uma espécie de progresso *in vacuo* – irrespective of time and place or of man's external environment¹.

A observação nos parece atual e oportuna não apenas para o exame dos “problemas brasileiros” mas como aviso de método no Direito Comparado. Felizmente, mais e mais se afirma a idéia da comparação como consciência da alteridade, da distância, das diferenças culturais, é dizer, das singularidades inscritas em determinadas tradições jurídicas. Chega-se mesmo a falar, em vez de “comparação jurídica”, na “análise diferencial das jurisculturas”², apontando-se à sua função eminentemente crítica³ e até mesmo “subversiva” do dogmatismo e das concepções estereotipadas⁴. Esses novos direcionamentos ensinam a ultrapassagem da comparação jurídica como um exercício de “jornalismo jurídico” (estampado na tão enfadonha quanto corriqueira justaposição das regras legais dos “Direitos” nacionais), ou como um “turismo do conhecimento”⁵, ingenuamente deslizante por sobre as superfícies de horizontes hermenêuticos⁶ que são, fundamentalmente, desiguais e intraduzíveis⁷. Também ao tratar da comparação jurídica, não devemos esquecer do ensinamento de Benjamin: *dans Brot et pain le visé est assurément le même, mais non la manière de le viser*⁸.

Teremos, assim, permanentemente presentes as diferentes tradições jurídicas – a nossa e a anglo-saxônica – no exame de um instituto tão revelador de um modo de ver o mundo como o são os punitive damages. O exame de sua compatibilidade, ou não, com o Direito brasileiro (tendo em vista a progressiva aceitação que essa pena vem conquistando na doutrina e na jurisprudência⁹) não se afastará, assim, da atenção ao lugar como requisito de

método, que significa a atenção ao sistema civil-constitucional da responsabilidade por danos e a consideração, ainda que implícita, aos dados antropológicos, aos traços que delinham as diferentes faces culturais¹⁰, os “estilos” ou o ethos de cada país¹¹, ainda que vivamos, hoje mais que nunca, em sociedades complexas, marcadas pela convivência de várias temporalidades e pela superposição dinâmica de trânsitos culturais¹².

Tal qual delineada na tradição anglo-saxã¹³, a figura dos punitive damages pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela idéia de **indenização punitiva** (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*), opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.

Por desempenhar, funcionalmente, o duplo papel de punir o culpado (o autor do dano) e de servir como dissuasão da prática de certo comportamento social (“exemplaridade”), a figura tem recebido atenção da doutrina e da jurisprudência de países cuja tradição é – em tema de responsabilidade civil – bastante diversa, modelada na idéia da reparação do dano ou na **restituição** ao *statu quo* ante ou na **compensação** monetária do prejuízo sofrido (no juízo cível), cabendo o papel de punir ao juízo penal, exclusivamente nas hipóteses previamente tipificadas em lei. A atração exercida pelos punitive damages está, justamente, na ultrapassagem dessa cisão, introduzindo na responsabilidade civil (e, portanto, em matéria sujeita ao juízo cível) a idéia de “pena privada”¹⁴.

Com efeito, as preocupações mais recentes da civilística com a justiça distributiva – notadamente em campos de alta densidade social, como o Direito Ambiental e o direito das relações de consumo de massa – desmentem o dito de Von Jhering segundo o qual a história da pena privada é a história da sua decadência¹⁵, renovando o debate acerca do possível caráter sancionador e

dissuasório da responsabilidade civil. O antigo instituto, voltado a **reparar** danos injustamente sofridos pelos indivíduos, não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável¹⁶ ou a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo, com caráter de **essencialidade** à sadia qualidade de vida, como faz a Constituição brasileira¹⁷. Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características funcionais dos punitive damages (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de **raciocínio por custo/benefício** entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos.

Endossando tais preocupações, o tema não admite raciocínios simplistas, por estruturar-se numa fundamental complexidade que a comparação jurídica – em sua função “subversiva” – pode auxiliar a desvendar. Nem os punitive damages são o único (ou o melhor) mecanismo apto a punir danos extrapatrimoniais, nem a pena privada – no modelo traçado pela tradição anglo-saxã – pode ser acolhida livremente por via jurisprudencial, com o desprezo aos critérios e condições que justificam, axiológica e teleologicamente, esse instituto. Além do mais, é preciso saber se o princípio da reparação integral é efetivamente “linear”, ou se o Direito brasileiro contém mecanismos capazes de compatibilizar – notadamente nos danos extrapatrimoniais – as funções ressarcitória (compensatória), satisfativa, punitiva e dissuasória¹⁸. Operamos, aqui (e aliás, em todo o Direito Civil, direito da cidadania, da vida nas civitas¹⁹) com conceitos densificados pela História, carregados de significações

que se estendem para além dos elementos técnicos – pois manejamos, conscientemente ou não, conceitos valorativos, **signos de significações**²⁰. Tentar discernir contextualmente tais significados é tarefa necessariamente prévia ao exame das soluções técnicas oferecidas pelo Direito brasileiro para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais.

PENA PRIVADA E PUNITIVE DAMAGES: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL E CONTEXTUAL

In-denizar – isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, “sem dano”, a parte lesada – é, sem nenhuma dúvida, função precípua da responsabilidade civil. Porém, historicamente, a indenização (no sentido de restauração do estado anterior ao dano) não foi a primeira função desse instituto. Nas sociedades primitivas²¹, o dano aparecia principalmente como um rompimento da ordem social e mesmo da ordem cósmica²², que carecia, então, ser recomposta, comumente por um ato sacrificial. Não andava longe o sentimento de vingança, humana reação contra os danos injustos: os atos lesivos suscitavam uma perseguição deixada à iniciativa da vítima, estando o sentimento pessoal na pré-história – e no substrato, ainda “incivil,” – da responsabilidade.

A sofisticação romana elaborou substitutivos jurídicos à vingança privada, mediante a elaboração de sanções ao ilícito. Conquanto os romanos não tenham conhecido o termo “responsabilidade²³”, conceberam casuisticamente essas sanções classificáveis, grosso modo, em duas amplas vertentes: de um lado, as figuras de sanções tendentes à reação imediata ou direta contra a situação que o ilícito criara ou estava para criar, visando impedir ou neutralizar os seus efeitos, entre elas o ressarcimento do dano e a reparação; de outro, situações que não ensejavam reação contra o fato danoso, mas exprimiam o ódio ao culpado²⁴. Este é o âmbito da **pena**, técnica ancorada num olhar sobre o agente causador do dano, mais que na consideração da vítima ou da situação lesada.

Esse “olhar sobre o agente” como fundamento da técnica de punir será apreendido de forma dissimile por duas distintas tradições jurídicas: de um lado, a tradição romanista que está na base dos vigentes sistemas jurídicos europeus-continentais e latino-americanos; de outro, a tradição

do Direito anglo-saxão, hoje largamente expansionista em virtude da “americanização” do direito, que estamos a sofrer²⁵. Cabe discerni-las, buscando seus pontos de semelhança e de diferença.

A PENA PRIVADA NA TRADIÇÃO ROMANISTA: CONSAGRAÇÃO, ESFACELAMENTO E RENOVAÇÃO

A expressão “pena privada” nada tem a ver com “justiça privada” ou “vingança privada”, ou pena aplicada “pelos privados”. Designava, no Direito Romano clássico, a forma de punição atrelada ao delictum, conceito originalmente próprio ao ius civile (mais tarde estendido ao ius honorarium) e por isso distinto do crimen, ato contrário ao direito castigado pelo Direito Penal público. Como explica Pasquale Voci, o Direito romano clássico não limitava o uso dos termos poena, punire e derivados à “pena em sentido técnico”, es-

privata)²⁶. A pena privada podia, pois, definir-se como a sanção a um ato privado, derivada de uma ação tentada por um privado (actio poenalis), resultando numa aflição ao réu derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitório.

Enquanto os instrumentos que visavam impedir ou neutralizar os efeitos do ilícito estavam embasados em critérios econômicos e patrimoniais (caracterizando-se pela identidade econômica entre o prejuízo e o ressarcimento, sendo o dano ressarcido na exata medida em que ocorre), as soluções fundadas no “ódio ao culpável”, por consistirem os substitutivos históricos da vingança privada²⁹, estavam fundadas no que hoje se chamaria “princípio da adequação”: ao dano efetivamente calculado deveria corresponder, como pena, um múltiplo econômico duplum, triplum ou o quadruplum. O escopo das várias actiones poenales priva-

(...) hoje em dia os punitive damages – notadamente na práxis norte-americana – tenham sido estendidos à responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social, a origem vem marcada pela função punitiva e pela circunscrição ao dano extrapatrimonial (tal qual ocorre, hoje, na utilização de uma figura análoga na jurisprudência brasileira).

tendendo-o a todas as figuras de sanção²⁶. Corresponde melhor à idéia de pena em sentido técnico uma ação, a actio poenalis, um dos instrumentos destinados a concretizar a função de punir.

Essa função era assegurada em dois âmbitos, o das penas privadas e o das penas públicas. A pena privada tinha lugar no âmbito dos delitos privados (delicta), que eram os ilícitos contra a pessoa ou seus bens, (precisamente o furtum, a rapina, a iniuria e o damnum iniuria datum). Diferenciavam-se dos delicta os crimes, delitos públicos (crimen), isto é, as infrações ao Estado e à paz do reino, punidas com a poena publica²⁷. Quando ocorria um delito privado, o Estado não tomava a iniciativa de punir o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de intentar contra este uma actio para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como pena (poena

das era, pois, a sanção ou a repressão a determinadas condutas lesivas de interesses privados, como por exemplo o furto e o roubo, a atuar-se mediante a obrigação de devolver somas mais que compensatórias, múltiplas dos danos sofridos³⁰. Voltadas, funcionalmente, a punir o responsável pela lesão³¹, as actiones poenales privadas distinguiam-se, assim, dos instrumentos que buscavam o restauro da situação lesionada, quais sejam, fundamentalmente as actiones rem persequentes, que visavam, tão-somente, a ressarcir o prejuízo causado.

Distinguiam-se, assim, no Direito clássico, duas vias sancionadoras para a tutela de situações jurídicas relevantes, a punitiva e a restitutória ou ressarcitória³², duplicidade de vias que, ao longo dos tempos, não cessou de ser aprofundada.

Os fatores que conduziram ao aprofundamento da nítida cisão dos

planos ressarcitório e punitivo foram múltiplos³³, não cabendo ser aqui inventariados. Basta lembrar, por sua especial importância ao vigente Direito brasileiro – pela consagração, no Código Civil, e o desenvolvimento doutrinário da figura do enriquecimento sem causa³⁴ – a influência dos ideais de justiça comutativa propugnados por São Tomás de Aquino (pelos quais se bania qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro³⁵). Tais idéias sugeriam a limitação da obrigação de indenizar ao mero ressarcimento do dano efetivamente infligido³⁶, então se lançando as bases do princípio hoje acolhido de forma expressa no caput do art. 944 do Código Civil brasileiro³⁷.

Porém, o processo de despenalização da responsabilidade civil surgiu não somente no sentido de limitar cada vez mais a obrigação ressarcitória aos danos efetivamente sofridos: também se desenvolveu no sentido de tornar cada vez mais uniforme as regras desse instituto. As várias ações penais romanas comportavam a aplicação de regras diferentes segundo o tipo de ação não apenas sob o ponto de vista dos **presupostos** da ação, mas também sob o ponto de vista do quantum ressarcitório que variava segundo a gravidade da lesão; por exemplo, o roubo, como crime mais grave, comportava uma obrigação ressarcitória maior que a do simples furto e assim por diante³⁸. Como observa Paolo Gallo: In epoca più moderna la crescente prevalenza assunta dall'actio legis aquiliae, che era l'unico rimedio romano che non presupponeva necessariamente il dolo, doveva condurre ad una crescente uniformizzazione delle regole applicate in materia di responsabilità civile, fino a consentire l'emersione di un corpus unitario compatto di regole da applicarsi in qualsiasi ipotesi di danneggiamento doloso o colposo dei beni altrui³⁹.

Esse processo não somente conduziu ao cancelamento da originária função penal da responsabilidade civil, mas, igualmente, à eliminação, no âmbito da responsabilidade civil, de várias diferenças que antes existiam quanto aos diversos tipos de ilícitos, segundo a sua gravidade e segundo o elemento subjetivo do autor da lesão. Daí se passou a afirmar, por séculos, a irrelevância do grau de culpa para a fixação da indenização, voz comum hoje também modificada no Código Civil brasileiro⁴⁰.

O Código Civil francês, modelo paradigmático da codificação mo-

derna, introduzira a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, distinção que começara já pela opção de criar diferentes documentos legislativos para cada uma dessas disciplinas. O recurso ao uso da História como legitimação de escolhas ideológicas⁴¹ encarregou-se do que restava. A pena privada romana, descontextualizada, passou a ser vista como um indício da barbárie das civilizações mais remotas. Os Mazeaud, ícones da doutrina da responsabilidade civil, insistem nesse ponto: ce bénéfice vient apaise l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine⁴².

Bem por isso, acrescentam, as penas privadas são indéfensables en droit comme em équité. Juridiquement, la condamnation civile repose sur le vide, ce que est dire qu'elle s'effondre; le responsable se voit obligé de réparer non seulement un préjudice qu'il n'a pas causé, mais même un préjudice qui n'existe pas⁴³.

Porém, como percebera, já em meados do século XX, Boris Starck, o sistema dos delitos privados não fora completamente enterrado pela História⁴⁴, verificando-se, antes, uma espécie de movimento pendular pelo qual le mouvement d'abolition de la peine privée s'accompagne d'un mouvement inverse qui tend à la rétablir". A pena privada, vaticinou, tal qual a fênix, «ne meurt que pour renaître⁴⁵».

Uma diversa tradição – na qual a pena privada não chegou a ser enterrada como categoria ultrapassada – seguiu-se no Direito anglo-saxão.

A TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA E OS PUNITIVE DAMAGES: CASOS E CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO

A condenação do causador de um dano, a indenizar por meio de múltiplos financeiros do dano, elaborada, como vimos, no Direito romano, ingressou na tradição anglo-saxônica, embasando o direcionamento das ações penais⁴⁶ à busca de uma indenização pelos legisladores ingleses da época de Eduardo I⁴⁷.

No modelo então construído, o

autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. A primeira previsão de indenização múltipla no Direito anglo-saxônico foi o Statute of Councester, da Inglaterra, que data de 1278⁴⁸. Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII, quando se criou a doutrina dos exemplary damages como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais⁴⁹. É corrente a afirmação de que the right of a jury in certain cases to award exemplary damages has been said to be as old as the right of trial by jury itself⁵⁰.

Conquanto hoje em dia os punitive damages – notadamente na práxis norte-americana – tenham sido estendidos à responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social, a origem vem marcada pela função punitiva e pela circunscrição ao dano extrapatrimonial (tal qual ocorre, hoje, na utilização de uma figura análoga na jurisprudência brasileira). Em 1760, algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por mental suffering, wounded dignity e injured feelings. Essa indenização adicional por dano à pessoa era referida como exemplary damages pelas cortes que justificavam a condenação, afirmando-se que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita⁵¹. Na verdade, as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX⁵².

Porém, no decorrer do século XIX⁵³, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, o conceito de actual damages (categoria que representa os danos efetivos, na qual se incluem os danos compensatórios) foi ampliado, de modo a abarcar também o prejuízo "intangível". Como consequência, a função originalmente compensatória dos exemplary damages foi transferida aos actual damages, e as cortes foram levadas a falar dos exemplary damages exclusivamente em termos de punishment e deterrence⁵⁴. Na medida em que as suas finalidades precípuas passaram a ser a punição e a preven-

ção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas **sobre a conduta do seu causador.**

É esse aspecto que consideraremos fundamental ao balizar algumas das características gerais do instituto, tal como aceito nos Estados Unidos⁵⁵, escolha justificada não apenas em razão da já apontada “americanização” do Direito quanto pelo fato de, nesse país, se ter mais profundamente elaborado a doutrina dos punitive damages, inclusive para o efeito da crítica aos abusos correntemente praticados pela jurisprudência⁵⁶.

Como regra geral, salvo lei em contrário, receber punitive damages não constitui “direito subjetivo”⁵⁷, antes dependendo da discricionariedade do júri. É bem verdade que, em algumas jurisdictions, quando há alegações e provas suficientes, os punitive damages são considerados “direito subjetivo”, sendo dever (duty) do júri concedê-los; porém, em outras, essa indenização é permitida, e não “devida”⁵⁸. Também como regra geral, não é possível a condenação em punitive damages por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo, sendo seu domínio tão-somente o que, em nossa tradição, denomina-se “responsabilidade extracontratual” (law of torts)⁵⁹. Em outras palavras, os punitive damages só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de punitive damages, porém, a gross negligence (negligência grave), em alguns estados, os enseja⁶⁰.

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri a fixação dos punitive damages⁶¹. Tradicionalmente, o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando neste como um guarantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values. Isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos punitive damages, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister⁶². Daí que, recentemente, tenha a Suprema Corte, procurando fixar certos parâmetros que visam

minorar o que tem sido chamado de “indústria das indenizações milionárias⁶³”, objeto, inclusive, de literatura popular recente⁶⁴.

Não obstante a inconstitucionalidade da fixação dos punitive damages já tivesse sido questionada outras vezes perante a Suprema Corte, somente no caso BMW of North America, Inc. v. Gore (1996) foi reconhecida que a condenação de punitive damages em patamares não-razoáveis afronta a Due Process Clause⁶⁵. Tão irrazoável foi a condenação, tão desproporcionada foi a pena que a Suprema Corte houve por bem instruir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos punitive damages para todos os casos futuros, a saber:

I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos se-

damages vem sofrendo reveses, como ocorreu em 2001, no julgamento do caso Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.⁶⁷. Mais recentemente, em State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell et al. (2003), houve nova declaração de inconstitucionalidade dos punitive damages pela Suprema Corte, tendo por base as diretrizes do caso Gore⁶⁸.

Outros casos, ainda, exemplificam os mecanismos – e os limites – dos punitive damages. Assim os casos Ford Corporation v. Grimshaw; Texaco v. Pennzoil; Browning-Ferris Industries of Vermont Inc v. Kelco Disposal Inc; Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip; TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp; e Honda Motors Corp. v. Karl Oberg, que comportam breve relato.

1. Ford Corporation v. Grimshaw (1981). Após um acidente de trânsito, um automóvel produzido pela Ford explodiu, causando a mor-

(...) os punitive damages só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de punitive damages, porém, a gross negligence (negligência grave), em alguns estados, os enseja.

guintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente⁶⁶;

II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages;

III. a diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Desde então, a ampla liberdade do júri para a fixação dos punitive

te de três ocupantes. A explosão do carro se deu porque o tanque/reservatório do carburador havia sido colocado na parte traseira do veículo, o que – comprovou-se posteriormente – permitia uma economia de 15 dólares por cada automóvel produzido.

Nesse caso, o júri não hesitou em conceder uma considerável soma a título de punitive damages, considerando que o comportamento da Ford era “altamente reprovável”. Para alcançar uma economia de 15 dólares por automóvel, o tanque foi colocado em local inadequado e perigoso em caso de colisão, considerando o fabricante que resultaria mais vantajoso, tendo-se em vista uma análise de custos e benefícios, ressarcir os eventuais danos do que colocar o tanque em outro lugar: como foi verificado no curso do processo, a Ford, para escolher uma tal solução, havia efetuado uma análise de custo e benefício levando em conta não tanto o

inteiro custo social de uma tal colocação do reservatório, mas unicamente a probabilidade (de qualquer forma baixa), de alguém entrar em juízo para ser ressarcido.

2. *Texaco v. Pennzoil* (1984). Caso ocorrido na década de 1980 e célebre por ter resultado numa das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA: 7,53 bilhões de dólares de indenização, impostos a Texaco em demanda promovida por Pennzoil, mais 1 bilhão de dólares de punitive damages. Em brevíssima síntese: negociavam Pennzoil e os principais acionistas da Getty Oil um “Memorando de Entendimentos” regulador de um conjunto de ações na sequência dos quais a Pennzoil e o Sarah C. Getty Trust passariam a ser os únicos acionistas da Getty Oil. Nos termos do memorando, a Pennzoil pagaria 110 dólares por ação. Aprovado o memorando, foi anunciada ao público, no dia 4 de janeiro – antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York –, a existência de um “acordo de princípios entre as partes”, enquanto prosseguiram as negociações relativas a outros pontos do memorando. Foi então que a Texaco, principal concorrente da Pennzoil, passou a negociar secretamente com os acionistas da Getty Oil um plano de aquisição da Getty. A Texaco pagaria, por ação, 128 dólares. Em 6 de janeiro, uma nota à imprensa assinada pela Texaco anunciava o acordo com os acionistas da Getty para a aquisição dessa empresa. De imediato, a Pennzoil intentou contra a Texaco uma ação baseada no tort of induction into breach of contract (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O pleito foi acolhido judicialmente, conferindo-se a indenização bilionária, com fundamento nos danos sofridos pela Pennzoil em razão da interferência ilícita (tortiously) da Texaco na relação negocial alheia.

3. *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc v. Kelco Disposal Inc.* (1989). A empresa Browning-Ferris, temendo a concorrência de uma outra sociedade, a Kelco, fez o possível para excluir essa última do mercado. Esse comportamento foi reconhecido pelas cortes de primeiro grau e de apelação como fonte de responsabilidade civil, pois correspondia a uma ilícita interference with contractual relations. Considerando-se que a empresa agira deliberadamente com o escopo de causar um dano, foi condenada a pagar cerca de seis milhões

de dólares, a título de punitive damages.

4. *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip* (1991). O comportamento sancionado com punitive damages foi o inadimplemento, por parte de um agente de uma companhia de seguros, de obrigações assumidas, em nome da companhia, com os seus clientes. A condenação aos punitive damages foi infligida seja ao agente – responsável por fraud, por ter-se apropriado do prêmio pago pelo segurado – seja pela companhia de seguros, considerada responsável pelo princípio respondeat superior.

5. *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993). Em abril de 1985, a TXO, uma importante sociedade norte-americana operante no setor da extração e do processamento de petróleo e de seus derivados, estipulou com a Alliance Resources Corporation um acordo relativo à exploração de uma ampla área conhecida como the Belvin Tract. Tal acordo, segundo a própria proposta da TXO, era particularmente vantajoso para a Alliance, pois previa que esta última sociedade, titular de um leasehold interest (“arrendamento”) sobre a zona inteira, obteria da TXO, como compensação pela concessão do direito à utilização dos recursos petrolíferos presentes na área, não somente uma soma em dinheiro com base na extensão da área em questão, mas também uma soma ulterior, perto de 22 % dos royalties sobre o valor obtido com a atividade extrativa. As partes previram, além disso, que o contrato seria resolvido a qualquer momento se a TXO descobrisse a existência de quaisquer ônus a gravar o título imobiliário da Alliance, ou a seguir de verificação que esta última não havia a plena titularidade dos direitos cedidos à TXO.

Porém, verificou-se que a TXO teve um comportamento gravemente fraudulento em relação à sua parceira contratual Alliance, no curso da execução contratual, com a finalidade exclusiva de acrescentar uma modificação no acordo em um sentido favorável para si. A decisão foi condenatória ao pagamento de 19.000 dólares, a título de compensatory damages, para ressarcir a sociedade ré das despesas com a ação contra si proposta, e de 10.000.000 dólares a título de punitive damages. A principal razão adotada como fundamento de condenação a punitive damages tão severa foi a má-fé da

TXO, assentando a Suprema Corte de West Virginia que, na avaliação do caso, o juiz: deve colocar em evidência, diante do júri, o montante do dano concretamente realizado e a conduta lesiva do responsável do ilícito; deve tomar em consideração não somente a censurabilidade, a duração e a frequência da conduta, mas também o comportamento do responsável após o cometimento do ilícito; para fixar o montante dos punitive damages, é preciso determinar se o sujeito lesado teve uma vantagem econômica da própria conduta ilícita; assumindo os punitive damages função dissuasória, é essencial medir-lhes de modo que sejam superiores com relação a tais vantagens; em qualquer caso, deve-se considerar a situação econômica do causador do dano; (vi) outros fatores importantes para a ponderação judicial consistem nas despesas legais suportadas pelo lesado; a imposição de uma sanção penal sobre o causador do dano; a existência de outras ações pelo mesmo ilícito, a idoneidade da condenação dos punitive damages para favorecer transações eqüitativas e razoáveis, nos casos em que seja patente a responsabilidade do autor do ilícito.

A ponderação desses critérios é essencial para garantir o respeito ao princípio do due process, em seu significado processual e substancial. Admite-se variação do quantum dos punitive damages justamente segundo a gravidade e o tipo de comportamento ilícito⁶⁹.

6. *Honda Motors Corp. v. Karl Oberberg* (1994). Em 24 de junho de 1994, a Suprema Corte dos Estados Unidos ditou um pronunciamento prior history, exercendo o writ of certiorari, tornando-se o caso um precedente histórico quando a Suprema Corte anulou a decisão estadual: pela primeira vez na história, tal Tribunal invocou a cláusula do devido processo legal da Emenda 14 da Constituição norte-americana para condenar o sistema de punitive damages de um Estado, por violação ou ataque a garantia constitucional do direito de propriedade. A Corte do Estado de Oregon fixara uma indenização de US\$ 1.000.000 por compensatory damages, incrementada em cinco vezes mais por punitive damages. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de o sistema de punitive damages do Estado de Oregon violar o devido processo legal, por proibir que os juízes reduzam os veredictos emitidos pelos jurados em

caso de punitive damages quando os considerassem excessivos. Afir-
mou, mesmo, a Suprema Corte que
os punitive damages são “uma for-
ma perigosa de castigo” e deve ser
controlada pelos tribunais. Permitir
aos jurados calcular o montante de
incremento dos compensatory
damages a título de punitive damages
baseando-se na prova da solvência
econômica dos demandados, cria “um
perigoso risco de decisões abusivas
e periciais”.

A notícia desses seis casos –
e das soluções dadas, para alguns
deles, pela Suprema Corte – faz per-
ceber que, nem sequer no Direito nor-
te-americano a figura dos punitive
damages está vinculada exclusiva-
mente ao alvedrio do julgador, ou se
aplica à generalidade dos casos. Há
critérios (fixados pela Constituição e
pela jurisprudência precedente) e li-
mites à sua aplicação. Não há de se
pensar em punir com a indenização
casos de responsabilidade objetiva,
que obedecem a diversa racionali-
dade, sendo irrelevante, para esse
regime, a apreciação da subjetivida-
de, já que a conduta culposa não é
elemento do suporte fático de incidên-
cia da regra de atribuição de respon-
sabilidade⁷⁰. Também não se pensa
em punir aqueles casos em que a
ação culposa não se apresentou
acompanhada por especial gravida-
de, aproximativa – quanto ao menos
– do dolo do nosso Direito, de modo
a gerar fundado e grave juízo de re-
provação.

Além do mais, é preciso, no
exame geral da figura, considerar os
dados de entorno, relativos não ape-
nas à estrutura do sistema judicial
norte-americano quanto ao papel do
seguro que, em muitos Estados, pode
responder pela indenização⁷¹, cobrin-
do a insolvência de uma ou de ambas
as partes litigantes. Esse dado não
deve ser negligenciado quando se
pretende um “trespasse” da figura dos
punitive damages para outros siste-
mas, observando Ugo Mattei ser
mais do que sabido que o júri (encar-
regado de determinar o an e o
quantum do ressarcimento) tende a
condenar mais facilmente grandes
empresas, tudo conduzindo a um
“incandescente debate” sobre a fun-
ção social da law of torts: uma fun-
ção de distribuição de custos e be-
nefícios da atividade econômica se-
gundo a lógica do mercado, que, nos
Estados Unidos, vem sendo eviden-
ciada com vigor pela análise econô-
mica do Direito⁷².

Nossos dados – jurídicos e
meta-jurídicos – são sabidamente di-
versos. Resta, pois, examinar se o
Direito brasileiro suporta e conforta
essa forma de indenização.

A RETOMADA DA PENA PRIVADA E O DIREITO BRASILEIRO

Apesar do descrédito geral a
que foi submetida durante largo perí-
odo de tempo, a discussão sobre o
caráter exemplar da responsabili-
dade civil vem ganhando força nos paí-
ses de civil law. Na França, Boris
Starck já profetizara, em 1947, o seu
renascer⁷³. Talvez como resultado da
profecia do autor, a função punitiva
da responsabilidade civil não pára de
ganhar adeptos⁷⁴, muito embora re-
ceba, em igual medida, fundadas crí-
ticas⁷⁵.

As razões para a volta do ca-
ráter exemplar da responsabilidade
civil não são difíceis de explicar, re-
sultando, na maior parte dos casos,

nos casos de morte e lesão física, é
mais compensador financeiramente
matar do que mutilar. Agregue-se a
isso a tendência de retração do Direi-
to Penal, que, segundo os estudio-
sos, deve ser limitado às ofensas
mais graves à ordem social, abrindo,
então, espaço para a retomada do
caráter sancionador da responsabili-
dade civil⁷⁷.

Em outros sistemas filiados à
tradição romanística, o debate tam-
bém está aberto. Paolo Gallo, autor
de excelente monografia sobre o
tema, elenca quatro hipóteses aptas
a serem sancionadas com a pena pri-
vada no direito contemporâneo: (1)
casos de responsabilidade civil “sem
dano”, isto é, sem dano de natureza
econômica imediatamente perceptí-
vel, como ocorre no vasto setor das
lesões aos direitos de personalidade;
(2) situações em que o lucro obtido
com o ato ilícito é superior ao dano;
(3) hipóteses em que a probabili-
dade de condenação a ressarcir os da-
nos é inferior relativamente à proba-

A rigor, não é preciso a invocação aos punitive damages para
lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter
“exemplar” que, em certas hipóteses, faz-se necessário. Também
não é preciso – para dar-se ao autor de danos especialmente
graves uma justa punição pecuniária – buscar critérios outros
que não os da legislação já existente.

da própria insuficiência das respos-
tas oferecidas pela responsabilidade
civil como mecanismo meramente
ressarcitório, com o montante da in-
denização limitado ao quantum efeti-
vamente sofrido, segundo os cálcu-
los advindos da Teoria da Diferença
pela qual o dano resulta da **diminui-
ção do patrimônio**, consistindo na
diferença entre o valor atual do
patrimônio do credor e aquele que
teria se a obrigação fora exatamente
cumprida⁷⁶. Essa fórmula de cálculo
(na verdade, condicionante do con-
ceito jurídico de dano), conquanto
apropriada para o comum dos casos,
no dano patrimonial, é inadequada –
e mesmo inservível – para o dano
extrapatrimonial, terreno que continua
pantanosos, pois parece impossível o
encontro de critérios unitários, gerais
e abstratos, aplicáveis à generalida-
de das situações. Em alguns casos,
afirma Araken de Assis, de acordo
com o valor médio das indenizações

de causar danos; (4) os cha-
mados “crimes de bagatela”⁷⁸.

A primeira hipótese (que coin-
cide com a maior parte dos danos
extrapatrimoniais) tem grande intere-
se prático aos estudiosos brasileiros,
na medida em que é justamente a que
vem sendo objeto de decisões judi-
ciais. Porém, não devemos descuidar
das duas seguintes situações (2 e 3),
dada sua importância ascendente em
uma sociedade de riscos e de produ-
ção em série, na qual os danos à na-
tureza se apresentam em patamares
mais que simplesmente alarmantes.
Tudo deve ser visto, porém, na pre-
sença de um claro pano de fundo: o
tratamento sistemático dado no Direi-
to brasileiro à matéria.

PECULIARIDADES DA REGULAÇÃO BRASILEIRA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Poucas questões apresentam,
em perspectiva comparativista, tan-

ta variedade de soluções quanto a responsabilidade civil por danos, extrapatrimoniais. As respostas são muito diversas, conquanto a sinonímia, por vezes, dos termos empregados (como o termo “satisfação”⁷⁹), de modo que aqui é preciso redobrada atenção não apenas aos diferentes textos legais, mas à interpretação da doutrina e dos tribunais⁸⁰. Em perspectiva comparativista, o leque de respostas abrange desde a não-resposta – sob os argumentos da “incomensurabilidade”⁸¹ ou da “imoralidade” da indenização – passando pelos sistemas que atrelam a indenizabilidade à configuração de um crime⁸² – até as soluções abertas, como as do Direito brasileiro desde, pelo menos, a Constituição de 1988.

No sistema brasileiro é amplíssima a possibilidade de satisfazer, indenizar ou compensar os danos extrapatrimoniais (ditos “danos morais”), pois o tema é regulado por meio de uma curiosa combinação de cláusulas gerais, já verificada sob a vigência do Código de 1916 mas, agora, bastante ampliada não apenas em razão da nova regulação civil mas, por igual, pela conexão intersistemática⁸³ entre essa e a Constituição Federal que contempla, expressamente, a irrestrita indenizabilidade do dano moral⁸⁴. Vigora, pois, também nessa matéria, o princípio da atipicidade do ilícito.

No novo Código Civil, a responsabilidade civil veio prevista em título próprio, abrindo-se a regulação com o art. 927⁸⁵, que determina a obrigação de reparar a cargo daquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, assim se estatuinto apenas as condições genéricas do nascimento do dever de indenizar, quais sejam, a existência de um ato ilícito e de um dano, e o nexo causal entre ambos. Ao referir o ato ilícito, a regra remete aos arts. 186 e 187⁸⁶, o primeiro coliga à antijuricidade a imputabilidade subjetiva (culposa) e o segundo conota espécie de ilicitude objetiva⁸⁷, ilicitude no exercício do direito, aferível pelo descompasso entre o seu exercício e certas balizas especialmente destacadas, quais sejam, a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômico-social do Direito⁸⁸. E, ao aludir à responsabilidade subjetiva, distingue entre culpa e dolo (na responsabilidade contratual) e entre os graus de culpa (na responsabilidade extracontratual), ex vi, dos arts. 392⁸⁹ e 929⁹⁰, bem como nos casos de impossibilidade e solidariedade (arts. 279⁹¹, in fine; 280⁹², in fine) pre-

vendo-se, ainda, a introdução tópica da equidade na fixação do montante, em certas hipóteses (arts. 944, parágrafo único⁹³, 953, parágrafo único⁹⁴ e 954⁹⁵, com remissão ao parágrafo único do art. 953).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor também regula a responsabilidade de modo amplo, consagrando expressamente a responsabilidade pelo dano moral, muito embora tenha sido vetado do Projeto o artigo que acolhia uma versão brasileira dos *punitive damages*⁹⁶ sob o argumento de que o art. 12 e outras normas do próprio Código já dispunham “de modo cabal” sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor.

A jurisprudência, por sua vez, não hesita em distinguir entre as várias “espécies” de dano extrapatrimonial, somando-os, para o efeito de apuração do quantum, de modo a não apenas admitir a cumulação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais⁹⁷ quanto a própria cumulação (ainda que implícita) de danos morais diversos na sua tipologia⁹⁸. Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça ocupou-se em afastar a barreira imposta pela tarifação do dano moral, tal qual na Lei de Imprensa⁹⁹. Por outro lado, estendeu-se a possibilidade de postular em juízo indenização por dano moral também às pessoas jurídicas¹⁰⁰.

Em suma: para além de a reparação do dano moral não estar sujeita a pressupostos diversos dos que são gerais à responsabilidade civil (ato ilícito, fator de atribuição e nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano), e para além da ampla e aberta regulação no Direito positivo, ainda há, no sistema, regras pontuais que, expressamente, permitem certa correlação entre a censurabilidade da conduta do agente e a elevação do montante indenizatório!

Porém, apesar de toda a flexibilidade ensejada pelo sistema de regulação da responsabilidade extrapatrimonial (permissiva, inclusive, de uma “indústria de indenizações milionárias”, em boa hora coibida pelo STJ e por tribunais estaduais), a questão dos *punitive damages* ganha especial relevância, na medida em que, no Brasil, toda a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à problemática da reparação do dano moral. Talvez pelo fato de a indenização por dano moral ter sido um tema mais que tormentoso até a Constituição de 1988, o tema está ainda vinculado – paradoxalmente – ao fundo

das antigas discussões sobre a viabilidade de se conceder indenização diante da inexistência de prejuízo de ordem patrimonial.

PARADOXOS E “AMOLDAMENTOS” À DOCTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

O paradoxo está em que, presente o efetivo modelo brasileiro de reparação do dano extrapatrimonial, vigente desde 1988, não há como explicar a fortuna crítica da doutrina dos *punitive damages* senão por certos traços culturais, que fazem da imitação do “estrangeiro” (antes, o francês; agora, o alemão e o norte-americano) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica. Talvez Pontes de Miranda tenha tido parcela de responsabilidade nessa confusão¹⁰¹. A rigor, não é preciso a invocação aos *punitive damages* para lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter “exemplar” que, em certas hipóteses, faz-se necessário. Também não é preciso – para dar-se ao autor de danos especialmente graves uma justa punição pecuniária – buscar critérios outros que não os da legislação já existente. A regra da simetria do art. 944, caput, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários.

Nos países em que os danos extrapatrimoniais eram admitidos apenas nos casos de delito criminal – como na Itália e na Argentina¹⁰² – é natural que a estrita correlação entre danos extrapatrimoniais e pena privada tenha adquirido mais força¹⁰³, atuando a doutrina dos *punitive damages* como reforço argumentativo para construir-se alternativa às normas legais de clausura. No Brasil, todavia, não há como compreender o prestígio de tal associação, salvo se as explicarmos pelos antes referidos traços culturais, ou se recuarmos às construções elaboradas para objetar o argumento segundo o qual seria impossível, além de imoral, **pagar a dor com dinheiro**. Para legitimar a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrário, o ofensor restaria impune. Dessa maneira, afastaram-se os óbices de cunho ético-social e justificou-se a

indenizabilidade do dano moral com fundamento (implícito) na noção de pena privada¹⁰⁴; a punição do ofensor – **o ódio ao culpado** – mais que a “indenização” da vítima estava já no fulcro da argumentação jurídica.

Nesse aspecto, verifica-se, com efeito, um certo paralelo com o surgimento – mas apenas com o surgimento – da doutrina dos punitive damages na tradição anglo-saxônica. Como vimos, diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. No entanto, na tradição anglo-saxã, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos punitive damages. Estes, por sua vez, passaram a ser concedidos somente nos casos excepcionais em que o estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta, justificasse a fixação do quantum indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

Similar trajeto não se reflete, como vimos, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que continuam a conotar aspectos punitivos como “imanescentes” ou próprios aos danos morais, reforçando-se a tese punitiva que não foi suplantada sequer pela indenizabilidade irrestrita do dano moral pela Constituição de 1988. Ainda hoje coexistem três correntes, em sede tanto doutrinária como jurisprudencial, sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam a compensação/satisfação do ofendido¹⁰⁵, a punição do ofensor¹⁰⁶ e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor¹⁰⁷.

Também no sentido de reconhecer a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil tem-se posicionado a jurisprudência, cabendo transcrever, por sua eloquência, decisão do STJ: O valor dos danos morais, de seu turno, como tenho assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o

juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a **natureza punitiva e disciplinadora da indenização**¹⁰⁸.

Ao acolher-se a função punitiva ou a função mista (satisfação/punição) da indenização, a jurisprudência utiliza, para a fixação do quantum indenizatório, a combinação de dois, e, por vezes, de três distintos critérios: o grau de culpa do ofensor; a condição econômica do responsável pela lesão; e o enriquecimento obtido com o fato ilícito¹⁰⁹. A estes fatores, os defensores da teoria mista acrescentam, em geral, mais dois (por vezes desdobrados em três): intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, assim como a perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima, e as condições sociais e econômicas

da conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tornar-se um jogo de azar¹¹¹, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiper-prevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva.

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, sig-

Ao acolher-se a função punitiva ou a função mista (satisfação/punição) da indenização, a jurisprudência utiliza, para a fixação do quantum indenizatório, a combinação de dois, e, por vezes, de três distintos critérios: o grau de culpa do ofensor; a condição econômica do responsável pela lesão; e o enriquecimento obtido com o fato ilícito.

do ofendido, tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa. Como se vê, o quarto critério apresenta caráter marcadamente compensatório/satisfativo. O quinto critério, por sua vez, não obstante a sua fragilidade, também tem sido frequentemente aplicado pela jurisprudência¹¹⁰. O critério da perda da chance traduz uma reminiscência, descontextualizada, da Teoria da Perte d'Une Chance.

Todavia, a doutrina dos punitive damages exige, como se viu, outros critérios – bem mais rigorosos –, não podendo ser diferente, sob pena de o instituto ser inútil aos próprios fins que persegue. Mesmo na presença de uma base filosófico-cultural eminentemente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível – para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil com a punição/prevenção – a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) a marcarem

nifica efetivamente – e exclusivamente – a **imposição de uma pena**, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança etc.). No segundo caso, (punitive damages) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor **gravidade da conduta** do autor do dano e o maior ou menor grau de **reprovação ético-jurídica à conduta**, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da **conduta do agente** é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a

imputabilidade e o nexa causal)^{112?}

Presente essa contradição, que haveria ao estenderem-se os punitive damages aos casos de imputação objetiva – e presente, fundamentalmente, o modelo construído na tradição anglo-saxã – estamos convictas ser condição de aplicação dessa doutrina o elemento subjetivo, elemento verdadeiramente inafastável¹¹³, bastando lembrar – em análise sistemática – que a responsabilidade objetiva não é admissível no âmbito do Direito Penal, nem mesmo na seara ambiental. Além do mais, o abuso (o uso indiscriminado, fora de parâmetros gerais e razoavelmente seguros) da doutrina importaria em inconstitucionalidade flagrante. Basta pensar no princípio *nulla poena sine lege*, base das garantias democráticas.

Essa distinção, conquanto usual no Direito norte-americano, não é considerada em parte da doutrina¹¹⁴ e jurisprudência brasileiras, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, que, recentemente, fez referência à doutrina norte-americana dos punitive damages para justificar decisão impositiva de indenização a hospital público (que responde objetivamente, na forma do art. 37, §6º, da Constituição Federal). Invocando a dupla função (sancionatória e dissuasória) da indenização na responsabilidade extrapatrimonial, chamou – desnecessariamente, em nosso modo de ver – a doutrina dos punitive damages como fundamento da decisão¹¹⁵. E foi invocação desnecessária porque confundiu o “caráter punitivo da indenização” (traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral) com a “indenização punitiva” (punitive damages).

Tratou a espécie de recurso interposto pela União Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal – 2ª R, que impusera a hospital público condenação ao pagamento de danos morais pelo prejuízo causado a Daniel Felipe de Oliveira Neto, que sofreu, quando de seu nascimento, afundamento frontal do crânio, edema cerebral e área de contusão hemorrágica, males esses ocasionados por ter sido retirado do ventre de sua genitora à base de fórceps¹¹⁶. O apelo da União Federal buscou (i) situação configuradora de força maior, apta a descaracterizar – segundo alegava – o nexa de causalidade material entre a conduta do agente público e o dano causado ao menor. Rejeitando a pretensão, o STF reafirmou o seu entendimento acerca da interpretação adequada ao art. 37, §6º, da Consti-

tução Federal (endossando a Teoria do Risco Administrativo), adentrando em considerações acerca da natureza da indenização por dano moral, como segue:

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público – presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo – observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“punitive damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Em apoio à tese, aludiu-se ao entendimento doutrinário de Caio Mario da Silva Pereira e aos precedentes do STJ¹¹⁷ que – em nosso modo de ver – não chegam a endossar a adoção dos punitive damages, figura da tradição anglo-saxã, conquanto aludem ao duplo caráter da indenização por dano moral¹¹⁸. É bem verdade que o acórdão refere, ainda, a lição de outros ilustres doutrinadores¹¹⁹, aludindo, no entanto, à função de desestímulo da indenização civil por dano moral. Porém, conquanto aplicando-se pena (evidenciado pela inusitada referência, até mesmo na ementa, à doutrina dos punitive damages) para hipótese em que a Constituição Federal determina ser objetiva a responsabilidade, não há no acórdão da mais alta Corte – infelizmente – nenhuma referência aos postulados normativos que derivam da mesma Constituição, tais quais os da ponderação, proibição do excesso, igualdade e proporcionalidade (como adequação e necessidade)¹²⁰.

Essa surpreendente decisão do Tribunal encarregado de interpretar a Constituição encontra precedente em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em outro caso de responsabilidade objetiva – e na ausência de qualquer elemento subjetivo reprovável na conduta do causador do dano –, entendeu por fixar a indenização do dano moral com referência expressa à doutrina dos exemplary damages. Tratava-se de ação de indenização por danos morais contra credor que promoveu execução forçada contra homônimo do

seu devedor. Não houve, no caso, qualquer intenção de cometer o ato ilícito, havendo tampouco culpa grave por parte do credor, o qual, aliás, só teve prejuízo diante do erro ocorrido. Imputando a responsabilidade pelos danos ao credor em razão de **a execução se realizar segundo seu exclusivo interesse**, hipótese de risco da atividade, mencionou-se a doutrina dos punitive damages em caso que, no Direito anglo-saxônico, esta não seria cabível¹²¹. Em outras hipóteses, é a doutrina anglo-saxã aplicada em casos de responsabilidade objetiva, por danos aos consumidores¹²², sem que nada justifique, o seu chamamento, pois indenizações justamente elevadas poderiam ter sido fixadas com base nas regras do Direito brasileiro. Além do mais, é cediço que, na responsabilidade objetiva não é considerada a conduta do agente, isto é, não há juízo de censurabilidade à conduta subjetiva. Também é cediço que toda a Teoria da Pena é polarizada pelo **juízo de proporcionalidade** que está na base não apenas de sua justificação axiológica mas, por igual, de sua eficiência, na ordem prática, como mecanismo de controle social¹²³. Porém, como se falar em “proporcionalidade” entre conduta reprovável e punição se não se tem como saber “o quanto” foi o agente culpado, tendo sido dispensado o exame da conduta pelo regime da responsabilidade objetiva?

Há exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica¹²⁴, bem se diferenciando entre a “justiça do caso” e a “justiça do Khadi”: trata-se da multa prevista na Lei n. 7.347/85¹²⁵ para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor¹²⁶. Essa multa deve recolhida a um fundo público, servindo para efetivar o **princípio da prevenção**, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo.

Nesses casos, o valor, a ser pago punitivamente, não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo dos lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano. Porém, há similitudes com o que a doutrina anglo-saxã tem de positivo¹²⁷, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo à pecúnia

que faz esquecer os interesses da sociedade. Um fundo, criado por lei – a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para reger os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica do mercado”¹²⁸.

Eis aí mais uma utilidade da comparação jurídica. Ao fomentar o pensamento crítico, a comparação enseja perceber as armadilhas do senso comum e, assim, abre as portas à dessacralização de “verdades” decorrentes do apego às palavras sonoras e aos estereótipos jurídicos. Os comparatistas, aliás, bem conhecem o fenômeno do nominalismo jurídico, pelo qual a denominação domina sobre a significação¹²⁹. Não nos deixemos atraparalhar pela mera evocação semântica, confundindo a expressão punitive damages (designativa de um determinado instituto jurídico) com o caráter punitivo associado à indenização do dano extrapatrimonial. Lembremos, a propósito, de Machado de Assis, irônico analista das nossas virtudes e das nossas mazelas, que já observara ser necessário, ao tratar das “incandescentes questões do dia”, conhecer não apenas o vocabulário, mas as idéias a que as palavras correspondem¹³⁰.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 FREYRE, Gilberto, citando Herbert Frankel (The economic impact on under-developed societies). In: *Problemas Brasileiros de Antropologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; MEC, 1973.
- 2 LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des jurisprudences. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 4, p. 1053-1071, 1999.
- 3 Assim a concepção do comparatista italiano SACCO, Rodolfo. *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, 1991, p. 115 e ss.
- 4 MUIR WATT, Horatia. Fonction Subversive du Droit Comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, p.503-527, 2000.
- 5 A expressão é do poeta René Char, lembrado por LEGRAND, *op. cit.*, p. 1053, 2000.
- 6 *Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde determinado punto*. (GADAMER, Hans. Verdad y Método. Trad. Esp. Salamanca: Sígueme, 1991. p.372).
- 7 Buscar-se o mero transplante de soluções é atitude ingênua porque não percebe os condicionamentos intelectuais históricos que fazem as diferentes tradições jurídicas e explicam, em larga medida, não apenas os distintos institutos, mas, por igual, os modos de sua apreensão e de seu funcionamento. Portanto, no adotar-se soluções de diversa tradição jurídica, é preciso ter presente, inafastavelmente, os distintos condicionamentos culturais e os dados do entorno – social ou jurídico – capazes de, sub-repticiamente ou não, conformarem diversamente aquela solução.
- 8 BENJAMIN, Walter. La Tâche du Traducteur. In: *Oeuvres, I*. Trad. de Maurice de Gandillac, Rainer Rochlitz e Pierre Rusch. Paris: Gallimard, 2000. p. 251.
- 9 Conforme observamos em Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. *Revista Roma e América*, t. 10, p. 157 - 185, 2000, e em *Revista dos Tribunais*, v. 789, p. 21 - 47, 2001. Também publicado como Los Daños a la persona em el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros – La Ley*, v. 3, n. 2, p. 28 - 49, mar./abr., 2001.
- 10 Com razão Maria Celina Bodin de Moraes ao alertar aos riscos em não reconhecer a profunda dimensão sociocultural do tema (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.228).
- 11 Lembremos Pascal: *Car il faut pas se méconnaître : nous sommes automate autant qu'esprit. (...) la coutume fait nos preuves les plus fortes et les plus crues : elle incline l'automate, qui entraîne l'esprit sans qu'il pense*. (PASCAL, Blaise. *Pensées*. 661. Paris: Ed. De Ph. Sellier, Classiques Garnier, 1991. p. 451).
- 12 Embora não devamos ter a ingênua crença na “paridade” ou “comutatividade” desses trânsitos: nesse aspecto, tal qual no econômico, há quase que uma via de mão única, a mão do dominador cultural. Além do mais, como percebe Legrand, *toute la mondialisation du monde ne permettra pas, ni en art, ni en droit, de surmonter les intermittences de sens et d'atteindre à une universalisation, c'est-à-dire à un partage de sens* (LEGRAND, *op. cit.*, p. 1064).
- 13 Para uma aproximação ao sistema jurídico anglo-saxão, consultamos MATTEI, U. *Common-Law- Il diritto anglo americano – Trattato di Diritto Comparato* (org.) SACCO, Rodolfo. Turim: UTET, 2001 e ZWEIFERT-KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*. Tomo I. Milão: Giuffè, 1995. p. 220-332, além das obras específicas mencionadas ao longo do texto.
- 14 Sintetiza admiravelmente essa renovada atração ao tema Antônio Pinto Monteiro, ao assinalar: *Efectivamente, uma das razões (senão a principal) por que a pena privada e, bem assim, os meios de coerção ao cumprimento vêm despertando um interesse crescente (...) é o da relativa ineficácia, sob o ponto de vista preventivo-sancionatório, da tutela operada pela via da indenização. (...) Sendo esta um mecanismo destinado à reparação de danos, cuja determinante é, pois, o ressarcimento do lesado, a pena privada surgiria, em contraste, como medida cuja ratio é a imposição ao lesante de uma quantia superior ao prejuízo por si causado, em que as finalidades preventiva e de repressão ocupam o lugar central e decisivo*. Assim, observa o autor, se é certo que a responsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente uma função social de dissuasão, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, freqüentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante. Lembrando trabalho de Enrico Moscati (segundo o qual a utilidade ou necessidade da pena privada está em se apresentar, por vezes, como o único instrumento verdadeiramente eficaz quando o potencial autor do dano não encontra na obrigação de indenizar uma razão bastante para se abster do seu comportamento, uma vez que a medida previsível da indenização, estando balizada pelo limite do dano, é inferior ao proveito [que ele retira] da sua própria iniciativa ilícita), aponta ainda o civilista português às demais razões que conduzem ao “despertar” da doutrina para “a velha idéia da pena privada”, entre elas à “crescente derrapagem da responsabilidade civil para mecanismos coletivos de reparação social, com a desvalorização do papel do agente na produção do dano”, bem como ao “excesso de inputs” atualmente requerido à responsabilidade civil, “pedindo-se-lhe que dê resposta a múltiplos fins, por vezes contraditórios”, como reparar o lesado, repartir perdas, distribuir riscos, punir o lesante, prevenir comportamentos ilícitos, controlar a atividade de produção, assegurar o respeito à pessoa etc. (PINTO MONTEIRO, Antônio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999 (1ª reimpressão), notas 1536 e 1537, p. 660-663).
- 15 Consagrada a autonomia da responsabilidade civil relativamente à responsabilidade penal, a função punitiva foi atribuída exclusivamente a esta última. Concomitantemente, atribuiu-se à responsabilidade civil caráter exclusivamente reparador, tendo em vista, entre outras razões, a vedação ao enriquecimento sem causa.
- 16 Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, *caput*, *in verbis*. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. (...).
- 17 A Constituição brasileira, no art. 225, que inaugura o Capítulo IV do Título VIII constitucional (Da Ordem Social), assegura “a todos” o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como “bem de uso comum do povo”, atribuindo-lhe o caráter de essencialidade (princípio da essencialidade do meio ambiente); e comete ao Poder Público, entre outros, os

- deveres de *proteger e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico dos ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país; e proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica.* A par de definir os deveres e assentar, no § 2º, a obrigação de recuperação do meio ambiente a quem explorar recursos minerais, prevê no § 3º o regime geral, determinando a responsabilidade por conduta lesiva ao meio ambiente.
- 18 A distinção é clássica, tendo sido traçada por Von JHERING: o dinheiro desempenha função “compensatória” nos casos gerais de danos causados pela mora ou pela culpa extracontratual, cobrindo o dano emergente e o lucro cessante; “satisfatória”, nos casos de dano extrapatrimonial, atuando como um substitutivo ao prejuízo que não é “recomposto”; tem caráter de “pena” (punitivo) sempre que as leis ou a autonomia privada (no caso da cláusula penal) estabeleçam uma multa para coibir ou sancionar uma conduta reprovável. O caráter de exemplariedade (dissuasório, contemplando a dissuasão pelo exemplo, segundo a *theory of deterrence*) foge a essa tradição, vindo da cultura anglo-saxã.
- 19 Seja-nos consentido lembrar a belíssima passagem de Cícero que, ao responder à indagação – “o que é o Direito Civil?” anotou: *Creiam-me: a herança que, quanto aos mesmos bens, recebemos do direito e da lei, é maior do que aquela que vem do que tais bens nos deixaram. De fato, para que eu adquira um fundo, basta o testamento de alguém; para que eu possa manter [no meu domínio] estavelmente esse fundo, que tornou-se meu, é necessário o direito civil. (...) Um patrimônio se perde com o dano de uma só pessoa; o ordenamento jurídico, ao contrário, não se pode perder senão com o dano imenso de todos os cidadãos.* (Cic. *pro Caec.* 26, 73-75. Conforme tradução livre da versão italiana de BREZONE, Mario, In: *I Fondamenti del Diritto Romano – Le Cose e la Natura.* Roma: Laterza, 1998. p. 4.
- 20 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 64.
- 21 V. CARDASCIA, Guillaume. *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain.* In: BOULET – Sautel et al. (org.). *La Responsabilité à travers les Ages.* Paris: Economica, 1989. p.1 - 45.
- 22 TUNC, André. *Torts.* Introduction. In: *International Enciclopedia of Comparative Law.* v. 11, cap.1, p. 93. Outras referências em nosso MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados,* v. 93, p. 29 a 52, 1991.
- 23 V. Os estudos fundamentais de VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot responsable.* In: BOULET – Sautel et al. (org.). *La Responsabilité à travers les Ages.* Paris: Economica, 1989. p. 74-88 e, em especial, SCHIPANI, Sandro. *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità.* (Extrato de *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di diritto romano.* Copanello 4-7 giugno 1990, Napoli, 1992.
- Atualmente em *Derecho Romano y Unificación del Derecho. Experiencia europea y latinoamericana.* Materiali II. Corso di Perfezionamento e di Magister. Roma. Università degli Studi Tor Vergata. Centro di Studi Latinoamericani, p. 41 e ss.
- 24 “Odio al colpevole”, segundo VOCL, Pasquale. *Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico.* Milano: Giuffrè, 1939, p. 12. Sobre a distinção também consultamos CARDASCIA, *op. cit.*, p. 26 e ss.; GALLO, *op. cit.*, p.37 e ss.
- 25 V. *L’américanisation du droit, Archives de philosophie du droit,* v. 45, Paris, 2001.
- 26 VOCL, *op. cit.*, p. 9.
- 27 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 265.
- 28 MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 266. Também GALLO, Paolo. *Pene, op. cit.*, p. 38 e ss.
- 29 VOCL, *op. cit.*, p.12.
- 30 GALLO, *op. cit.*, p. 37-38.
- 31 *The idea that certain kinds of conduct should be vindicated by an award of multiple damages runs deep. Biblical law embodied the ideal for theft and trespass. Greek law, otherwise. Nevertheless, the rationale behind the various sanctions found in the law of the ancient world did not clearly differentiate what is commonplace to us: “tort” and “crime”. Roman law is illustrative. The delict of theft ran back at least to the Twelve Tables (450 B.C.). The penalty was four times the value of the thing stolen. As with Biblical and Greek law, Roman law did not, therefore, fully make our distinction between “crime” and “tort”.* BLAKEY, Robert. *Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages.* Disponível em [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60 + Law + & + Contemp. + Probs. + 97 + \(Summer + 1997\).](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60 + Law + & + Contemp. + Probs. + 97 + (Summer + 1997).) Acesso em 16 nov. 2003.
- 32 No Direito justiniano, todavia, essa distinção já não é nítida. A pena privada passa a configurar-se também como ressarcimento do dano sofrido pela vítima, embora continue a denominar-se *poena*. MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 266. São inúmeras as discussões, entre os romanistas, sobre a ocorrência, ou não, de função reipersecutória na pena privada (v. VOCL, *op. cit.*, p. 17 e ss, notadamente a contestação à tese de Emilio Betti).
- 33 GALLO, *op. cit.*, p. 20 e ss.
- 34 Código Civil brasileiro, arts. 884-886, *in verbis:* Art. 884. *Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.* Parágrafo único. *Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.* Art. 885. *A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.* Art. 886. *Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.* Na doutrina acentua-se o princípio restitutivo como “elemento unificante” das variadas hipóteses, tais como o enriquecimento sem causa (como instituto geral), o pagamento indevido e a gestão de negócios, hoje agrupados em um mesmo título no Código Civil brasileiro. Observa a propósito Michelon: *durante o império do paradigma da vontade seria impossível conceber que o enriquecimento sem causa fosse uma fonte normal de obrigações. As medidas restitutórias permaneciam anomalia em um sistema de fontes obrigacionais governado pela noção de ato voluntário, (...) cuja superação, (...) está diretamente relacionada com a identificação de um princípio unificador subjacente às fontes restitutórias.* (MICHELON, Cláudio. *Comentários ao Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, no prelo). No mesmo sentido, P. Gallo, segundo o qual é *um fato sabido que nos últimos cem anos os remédios restitutórios começaram a emergir como categoria unitária, sempre mais compacta e homogênea* (GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti rimedi restitutori - Trattato di Diritto Civile* (org.) SACCO, Rodolfo. Turim, 1996, p. 414).
- 35 Segundo São Tomás, diferentemente da lei positiva aplicada ao seu tempo, quem fosse culpado por um furto poderia liberar-se simplesmente restituindo aquilo que havia subtraído. Nesse sentido, quem deseja comer uma maçã pode adquiri-la de um vendedor pagando o preço pactuado no contrato ou simplesmente colhê-la diretamente do ramo, devendo devolver ao proprietário uma soma equivalente ao valor de mercado da maçã a título de ressarcimento do dano. A tendência em quantificar o dano segundo os valores do mercado torna quase que alternativa a opção entre a via contratual e a via delitual consistente na expropriação forçada do direito, salvo a obrigação de restituir uma soma a título de ressarcimento do dano. (GALLO, *op. cit.*, p. 42-43).
- 36 *Idem*, p. 41.
- 37 Art. 944, *caput, in verbis:* *A indenização mede-se pela extensão do dano.*
- 38 GALLO, *op.cit.*, p. 43.
- 39 *Idem*.
- 40 Art. 944, parágrafo único, *in verbis:* *Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.* Também o art. 945: *Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*
- 41 Usar a História do Direito como argumento legitimador é um antigo recurso da doutrina quando se necessita da construção de um consenso social sobre o fundamento da obrigatoriedade do Direito, como demonstrou Max Weber. Vide, a propósito, HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.* Lisboa: Europa-América, 1997. p. 16 e ss.
- 42 MAZEAUD ET MAZEAUD. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.* Paris: Sirey, 1950. p. 470-471.
- 43 *Idem*.
- 44 STARCK, Boris. *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*

- délictuelle. Paris: Sirey, 1950. p. 470-471.
- 45 Idem, p. 377.
- 46 Como explica o comparatista Ugo Mattei, existia, no *common law* clássico, uma perfeita congruência entre *torts* e *crimes*. Ao lado das *felonies* (crimes de violação da relação de propriedade, para os quais era prevista a pena capital), desenvolveram-se os *trespasses*, divididos em três categorias segundo o bem jurídico lesado (*trespass to person*; *trespass to goods*; e *trespass to land*) figuras de natureza "criminal" e, portanto, requerendo que a lesão fosse direta e intencional ("dolosa"). Quando esse esquema se tornou insuficiente, desenvolveu-se uma nova categoria, o *trespass on the case*. Por conta dessa figura tornaram-se acionáveis comportamentos lesivos não compreendidos nas antigas categorias, pois não diretos (*nuisances*) e nem intencionais (*negligence*), desde que causassem um dano. (v. MATTEI, *op. cit.*, p. 333. Também ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, p. 295 e ss).
- 47 SCHULTZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona: Bosch, 1960. p. 549. Para uma síntese, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228-229.
- 48 BLAKEY, Robert. *Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages*. Disponível em [Corpus Juris Secundum, p. 708.](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?60 + Law + & + Contemp. + Probs. + 97 + (Summer + 1997) . Acesso em 16 nov. 2003.</p>
<p>49 Note. Exemplary damages in the Law of Torts. <i>Harvard Law Review</i>, n. 70, p. 519-520, 1957.</p>
<p>50 Verbete)
- 51 Note. Exemplary damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 518-519. É precisamente esta a concepção predominante hoje no Direito Brasileiro com relação ao dano moral.
- 52 Note. Exemplary damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 517 - 520.
- 53 A esse respeito, Comandê traça com maiores detalhes a transmutação da função atribuída à indenização pelos *non pecuniary losses* (danos extrapatrimoniais) na *common law*. Afirma que não restam mais dúvidas de que os *non pecuniary losses* entram também na categoria dos *compensatory damages*, que buscam recompensar o lesado e a colocá-lo na posição em que se encontraria se houvesse sofrido a lesão (p. 455). Aponta que, já no século VII, as perdas não-pecuniárias eram levadas em consideração pelo ordenamento jurídico, condenando-se por cada ofensa singular o ressarcimento, em cifra fixa, à parte lesada e ao soberano, por haver turbado a paz do reino. A função desenvolvida pelo *pain and suffering* então era, portanto, punitivo-dissuasória. (p. 461) No caso *Morse v. Auburn & Syracuse R.R* (1851), excluiu-se definitivamente que o *pain and suffering* pertencesse à categoria dos *punitive damages*; no caso *Ransom v. New York & R.R.* afirmou-se que a finalidade prioritária do p.s. era *to render the person as whole as he was before the injury*. Em 1882, tornou-se pacífico na doutrina e na jurisprudência norte-americana que as condenações a indenização por p.s. eram *a compensation for the very grad and long-continued pain which the plaintiff has suffered*. Isso se deveu a uma série de fatores: o aumento no número de incidentes causados pelo progresso técnico industrial, a culpa como princípio geral de imputação da responsabilidade, a cada vez mais constante presença dos seguros em sede de responsabilidade civil. Tais fatores contribuem para transformar a soma de dinheiro aplicada a título de p.s em um verdadeiro ressarcimento do dano, afastando-a de uma vingança privada. (p. 465) COMANDÊ, G. Le non pecuniary losses in common law. *Rivista di Diritto Civile*, n.7, p.453 ss, 1993.
- 54 Note. Exemplary damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, n. 70, p. 517 e ss, 1957
- 55 Isso porque na Inglaterra, por exemplo, desde 1964, com o caso *Rookes v. Barnard*, as hipóteses em que podem ser concedidos os *punitive damages* restaram bastante restritas. Em 1964, com o caso *Rookes v. Barnard*, deu-se um redimensionamento ao possível campo de atuação dos *punitive damages*. Nessa decisão, Lord Devlin entendeu conveniente limitar a condenação em *punitive damages* a três hipóteses bem definidas: diante de uma violação de direitos fundamentais dos cidadãos pela Administração Pública; quando há uma clara intenção do causador do dano de obter um lucro injustificado que não encontraria outras sanções; se existir previsão expressa em lei especial. De notar-se, igualmente, que os limites impostos na Inglaterra por esse precedente, contudo, não foram seguidos por outros países da *common law*, como Austrália, Canadá e Nova Zelândia (OLLIER, Pierre-Dominique; LE GALL, Jean-Pierre. Torts. Various Damages. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 11. cap.10, p.84).
- 56 As considerações que serão feitas a seguir se referem à configuração geral dos *punitive damages* na maioria dos Estados norte-americanos. Como é notório, nos Estados Unidos, as unidades federativas gozam de ampla autonomia legislativa e judicial para a elaboração do direito. Assim, cada Estado decide sobre a admissibilidade, a extensão e as hipóteses de *punitive damages*. Dessa forma, o panorama do instituto nos Estados Unidos é dos mais diversos. Há Estados que nem sequer admitem o instituto; alguns o admitem somente diante de autorização legal expressa; muitos estabelecem limites (*caps*) para as condenações; e outros, ainda, impõem que parte do montante indenizatório pago pelo ofensor deve reverter para o Estado (*split recovery*). Assim, nesse trabalho serão feitas caracterizações genéricas, atinentes à formação dos *punitive damages* na maioria dos Estados. Ademais, ao final, serão apreciados os parâmetros ditados pela Suprema Corte, os quais, por óbvio, devem ser obedecidos em todo o território norte-americano.
- 57 A categoria do direito subjetivo também não é amoldável à tradição anglo-saxã, sendo própria da tradição continental-européia, razão pela qual utilizamos a expressão entre aspas, conquanto cientes que, ao abordar um direito estrangeiro um comparatista deve *mettre en relief ses attentes de sens plutôt que de les mettre entre parenthèses* (LEGRAND, *op. cit.*, p. 1.059).
- 58 *In most jurisdictions, an instruction to the jury as to the award of exemplary damages should be permissive and not mandatory*. Verbete "Damages". *Corpus Juris Secundum*, p. 711.
- 59 No direito dos contratos só são concedidos *punitive damages* quando for alegado e provado o cometimento de um ilícito extracontratual (*tort*) em conexão com a violação do contrato, tal como ocorre na responsabilidade pela incitação ao descumprimento de contrato. Caso contrário, só será possível obter indenização compensatória pelo prejuízo sofrido e nada mais.
- 60 Verbete "Damages". *Corpus Juris Secundum*, p. 721: *In general, in order to authorize an award, the wrongdoer must know when he commits the act that it is wrongful or there must be such recklessness that conscious wrongdoing is necessarily implied, and he must do the act intentionally without just cause or excuse*. E ainda: *The doctrine of exemplary damages has been said to involve rather the extent of the injury intended than that which was really inflicted, and to depend on circumstances manifesting moral turpitude or atrocity in the defendant's conduct, the damages to be increased according to the degree of malice by which the evidence show the defendant to have acted*. (p. 721). Por essas características (ausência de relação contratual e forte presença do elemento subjetivo), há quem diga que os *punitive damages* são uma forma de expressão da indignação do júri (*Corpus Juris Secundum*, v. Damages, p. 706) contra delitos de grande repercussão social; por outras, sendo mencionado que a quantia entregue ao autor da ação serve como "recompensa" pelo serviço ao público de trazer o causador do dano à justiça (*as a reward for his public service in bringing the wrongdoer to justice*) (idem, p. 708), assim se evidenciando traço particularmente revelador do *ethos* norte-americano e fundamentalmente estranho à nossa tradição jurídica e cultural. No Direito brasileiro, onde a ação é uma garantia fundamental (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV) seria inconcebível monetarizar tão fundamental direito de cidadania "pagando" o seu exercício, como se se tratasse de uma operação comercial.
- 61 Porém, em determinadas hipóteses o *quantum*, quando considerado excessivamente arbitrário, pode ser revisado por uma Corte superior.
- 62 Entre as explicações para a suspeita, incluem-se as inclinações do júri contra os réus ricos, o impulso de redistribuir riqueza, a incompetência ou inabilidade em compreender a complexidade que envolve a fixação do *quantum* e as características psicológicas que predispoem certos jurados a conferir *punitive damages*. (Note. "Developments in the law – the civil jury". *Harvard Law Review*, v.110, n.7, May 1997, p. 1.517).

- 63 O instituto dos *punitive damages*, não obstante sua aceitação histórica pelo sistema da *common law*, foi sempre alvo das mais duras críticas, sendo chamado de “monstruous heresy”, “tort lottery”, “windfall”, entre outros epítetos. Nas últimas décadas, as indenizações a título de *punitive damages* em valores cada vez mais elevados, comumente na faixa de milhões e até bilhões de dólares, passaram a demonstrar a fragilidade do instituto e a atrair ainda oposição ainda maior. Entretanto, foi somente nos últimos anos que a Suprema Corte dos Estados Unidos houve por bem intervir pela primeira vez nos montantes fixados, baseando-se no princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva, consagrado pela XIV Emenda da Constituição norte-americana.
- 64 GRISHAM, *O Rei das Fraudes* (The King of Torts). Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rocco, 2003. O enredo parece confirmar declarações públicas de advogados especializados nesse “setor”, como o advogado Craig Hilborn, de Missouri, transcrito por Maria Celina Bodin de Moraes: *Eu já tive muitos casos de produtos defeituosos, claramente defeituosos, nos quais eu nem falei com as pessoas envolvidas, pois as suas perdas não foram graves o suficiente. Se eles não ficaram quadriplégicos, paraplégicos ou não tiverem perdido alguma parte do corpo, não há hipótese de eu pegar o caso.* BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 234.
- 65 O autor, Ira Gore Jr., comprou um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Posteriormente, soube que o vendedor, BMW of North America, havia repintado parte do veículo por conta de um pequeno dano ao automóvel antes de sua chegada aos Estados Unidos, embora a BMW não tivesse revelado o fato. O júri conferiu ao réu *compensatory damages* no valor de \$4000 pela diminuição do valor do carro e *punitive damages* no valor de \$4 milhões! A Suprema Corte do Alabama reduziu os *punitive damages* para \$2 milhões. Recorrendo ainda o vendedor, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, considerou esse montante como *grossly excessive* (manifestamente excessivo), e, portanto, inconstitucional. A Suprema Corte do Alabama, em reconsideração, os reduziu para \$50.000. (POLINSKY, Mitchell, SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: an Economic Analysis.* *Harvard Law Review*, n. 111, p. 901. Feb. 1998.
- 66 Importa ter presente que a existência de qualquer desses fatores em favor do autor podem não ser suficientes para sustentar uma condenação de *punitive damages*; por outro lado, a ausência de todos torna qualquer condenação suspeita. Isso porque se deve presumir que o autor foi plenamente compensado pelo dano/sofrimento pelos *compensatory damages*, de forma que os *punitive damages* devem ser pagos somente quando a culpabilidade do réu, depois de ter pago *compensatory damages*, é tão repreensível que merece a imposição de outras sanções para se atingir punição ou prevenção.
- 67 A autora, *Leatherman Tool Group Inc.*, é fabricante de uma ferramenta multifuncional que aprimora a clássica faca *Swiss Army*. Quando a ré, *Cooper Industries, Inc.*, concorrente da autora, usou fotografias de uma versão modificada da ferramenta da *Leatherman* em pôsteres, embalagens, e em material publicitário, a *Leatherman* entrou com ação alegando violação do *Trademark Act*. O júri concedeu \$50,000 em *compensatory damages* e \$4,5 milhões em *punitive damages*. Segundo a opinião majoritária da Suprema Corte, em decisão surpreendente, a Corte de apelação deve apreciar de novo a decisão do júri, segundo os critérios indicados em *Gore*. De modo diverso, o juiz Scalia, em voto vencido, defendia que a revisão pela corte de apelação deveria ocorrer somente em caso de abuso da discricionariedade (e não *ex novo*). A Suprema Corte entendeu, portanto, que a condenação do júri em *punitive damages* não constitui questão de fato no sentido da vedação da sétima emenda. (fonte?)
- 68 Veja-se o acurado exame de BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 237-248.
- 69 Nesse caso foi formulada de forma mais ampla a questão da constitucionalidade dos *punitive damages* – violação do princípio do *due process*. Segundo a sociedade recorrente, a soma devida a título de *punitive damages* à sociedade lesada, *Alliance Resources Corp.*, de quase dez milhões de dólares, deveria ser considerada excessiva, se posta em confronto com o limitado montante dos *actual damages* e, assim, irracional. *TXO first argues that a \$ 10 million punitive damages award – an award 526 times greater than the actual damages awarded by the jury – is so excessive that it must be deemed an arbitrary deprivation of property without due process of law.* URSO, Elena, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd.*, *Rivista di Diritto Civile*, p. 97-98.
- 70 Um dos domínios de aplicação dos *punitive damages* é o da responsabilidade do produtor (*products liability*), responsabilidade objetiva, onde se responde independentemente de culpa (*strict liability*). Porém, observa Pinto Monteiro, nesses casos, o lesado, uma vez ressarcido por via dos *compensatory damages* (segundo o dano sofrido), poderá solicitar *exemplary* ou *punitive damages* desde que prove a particular gravidade da conduta do produtor. (PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 653).
- 71 Embora a maioria dos estados permita o seguro contra *punitive damages*, esse é, contudo, rejeitado em alguns, dada a função eminentemente punitiva desse tipo de condenação. POLINSKY, Mitchell, *op. cit.*, p. 931.
- 72 MATTEI, *op. cit.*, p. 335.
- 73 STARCK, *op. cit.*, p. 377.
- 74 Observa Assis: A função punitiva, na indenização do dano moral, não é exclusiva da *common law*. No Direito alemão, também se discerne caráter expiatório, na reparação dos danos imateriais, conforme Josef Esser. De acordo com Savatier, semelhante reparação equivale a uma pena privada, porque os tribunais, seguindo instinto de justiça e de equilíbrio, rejeitam deixar de punir o responsável por danos morais graves. (ASSIS, Araken de. *Liquidação do dano.* *Revista dos Tribunais*, v. 759, p.11-23, jan.1999). Para o Direito sul-americano v. o interessante trabalho de SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *El derecho frente a los depredadores del medio ambiente. Reflexiones en torno al daño ambiental.* *Revista de Derecho Ambiental*, 2003. Como observa o autor ao comentar conclusões dos magistrados peruanos em congresso realizado em 1997 sobre o tema, os magistrados *valoran subjetivamente la actitud del culpable, además de tener en cuenta las cualidades personales del agente del daño*, demonstrado a prática judicial que, *subrepticamente, los magistrados vienen aplicando indemnizaciones punitivas cuando obligan al demandado a pagar una suma mayor que los daños establecidos, aduciendo que la falta ha sido particularmente grave; o también cuando se le obliga a pagar daños no sufridos directamente por el demandante sino, en el mejor de los casos, por terceros o por la sociedad toda, atendiendo a las condiciones personales de quien ha resultado muerto o inhabilitado por el accidente.* Como veremos, uma prática análoga verifica-se no Direito brasileiro.
- 75 Para o Direito argentino, MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños.* Buenos Aires: Ediar, 1986. t. 4, p. 56 e ss.
- 76 Assim definia POLACCO, nos finais do séc. XIX (Citado por ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 170). Pela Teoria da Diferença, o dano é o que resulta da diferença entre a situação do bem antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência. O dano é, assim, a supressão ou a diminuição de uma situação favorável. Se não há essa diferença, não há o que recompor. (sobre o tema o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, t. 2, p. 104 e ss).
- 77 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 25 e ss.
- 78 GALLO, Paolo. *Pene ...*, *op. cit.*, p. 175 e ss.
- 79 Cumpre ressaltar que o termo “satisfação” pode ser empregado em duas acepções distintas. Segundo a primeira, satisfação seria uma expressão correlata ao conceito de compensação, porém mais adequada ao caso de dano extrapatrimonial, porque ausente, neste último, o princípio da equivalência entre o dano e a indenização e a possibilidade de *restitutio in integrum*. Há, ainda, uma outra apreensão do termo “satisfação”. Esta última, talvez ainda mais corrente, remonta à doutrina desenvolvida no Direito alemão. Na Alemanha, a noção de satisfação é empregada em um sentido mais específico, que busca descrever uma função especial da responsabilidade civil ao buscar assegurar à parte lesada uma sensação de justiça por meio de uma reação legal ao ilícito. Considerando a função de satisfação da indenização, esta não pode ser simplesmente avaliada de forma objetiva segundo a extensão do dano

- extrapatrimonial, mas há de levar em consideração também a gravidade do ato e a condição econômica das partes envolvidas. Como observa Bernd-Rüdiger Kern, mencionam-se três finalidades da satisfação: trazer ao lesado um sentimento de satisfação, apaziguando o seu senso de justiça ferido; impor ao ofensor um sensível sacrifício patrimonial; deve atuar preventivamente para o futuro. (p.26). Portanto, a noção de satisfação, como entendida nesse sentido particular, está estritamente ligada à instituição da punição. (p.10). Ver OLLIER, *op. cit.*, p. 80-81. STOLL, Hans. Torts. Consequences of liability: remedies. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11. cap. 8. p.10; KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 26, 1999.
- 80 Para além da regra legal, a sua interpretação (doutrinária e jurisprudencial), conformando o "direito vivo" é elemento imprescindível à identificação e compreensão dos particulares sistemas jurídicos, segundo aponta a "Teoria dos Formantes". (SACCO, Rodolfo. *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris : Economica, 1991, p. 33 e ss).
- 81 *This is due both to the incommensurability of the damage involved and to the immorality of soliciting and receiving money as retribution for an offence to dignity or for a disturbance of peace. One may distinguish, according to their functions, three classes of damages: for compensation, for satisfaction and for punitive purposes.* (OLLIER, *op. cit.*, p. 64).
- 82 Como o sistema civil italiano, em virtude do art. 2.059 do Codice Civile, segundo o qual a responsabilidade não-patrimonial é admitida *solo nei casi determinati dalla legge*, admitindo-se, assim, a indenizabilidade somente quando o dano seja conseqüência de um fato que tipifique um crime. Em razão desta limitação, doutrina e tribunais encontraram na norma do art. 32 constitucional, que situa a saúde como *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività* a janela que permitiu a formação, por via jurisprudencial, de uma nova *fattispecie*, a saber, o "dano biológico", tido como uma concha hospedeira de quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão ao bem jurídico "saúde", entendido em seu mais amplo sentido, seja saúde física, seja o bem-estar psíquico ou mental. (v. VICENZO CARBONE (coord), *Responsabilità Civile – rassegna di Giurisprudenza e Dottrina*, IPSOA, 1998, PAOLO CENDON, LUIGI GAUDINO e PATRICIA ZIVIZ, *Responsabilità Civile, Riv. Dir. Civ.*, v. 45, n. 3, p. 971, 1991, MARCO BONA, *Danno alla persona, Riv. Dir. Civ.*, p. 313; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno, Riv. Dir. Civ.*, p. 1 e ss.). Também o ordenamento argentino, na redação original do art. 1.078 do Código Civil. V. as observações de MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, p. 56 e ss. A reforma do Código Civil argentino, em 1968, diz esse autor, *marcó un hito en nuestra evolución jurídica en la materia*, ultrapassando aquela clausura e permitindo a reparação do dano moral ("agravio moral") na responsabilidade contratual (art. 522) e na responsabilidade extracontratual (art. 1.078).
- 83 Conforme defendemos em trabalhos anteriores, o novo Código Civil enseja, em razão da "textura aberta" (HART) de suas regras, a permanente conexão intersistemática com outros *corpora* normativos. (Assim em MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra*, p. 1 - 25, 2002. Também em: Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do Novo Código Civil, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61 - 85.
- 84 CF, art. 5º, incs. V e X, *in verbis*: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
- 85 *In verbis*: Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
- 86 *In verbis*: Art. 186: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*
- 87 A antijuridicidade, num sentido amplo, compreende tudo aquilo que não deve ser, constituindo violação de dever jurídico. Mas essa violação não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível, ocorrendo essa atribuição segundo variados critérios (por culpa; por dever de segurança; por dever de manutenção da confiança; por dever de garantia "haja o que houver"; por risco etc.). A ilicitude é subjetiva quando, valorativamente, a norma determina como critério de imputação que se verifique se houve ou não, subjacente ao ato ou conduta, uma voluntariedade e consciência (v. PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão), p. 62 e ss).
- 88 Seja-nos consentido repetir o que escrevemos em MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. (org) *Experiências do Direito*. São Paulo: Millenium, 2004. p.23 - 62, como segue: *Trata-se de uma ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque – em contraponto à ilicitude subjetiva – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, in concreto, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento. (...). Em outras palavras: se o direito subjetivo é atribuído com certas configurações (que modelam e modulam o dever-ser), não haverá adstrição ao direito (isto é, licitude), mas concreta antijuridicidade (rectius: ilicitude) se o direito for exercido em manifesta desconformidade com aquelas configurações [que] atuam com balizas, a serem medidas no caso concreto, pois a atenção é dada, na ilicitude de meios, ao momento do exercício do direito subjetivo e aos meios empregados para tal.(...). Essa compreensão permite romper com a lógica que guiava tanto a identificação entre ilicitude e culpa (visualizando, nessa última, um dos "elementos" do ilícito), quanto a figura do abuso de direito, amarrada, ainda, à perspectiva voluntarista.*
- 89 *In verbis*: Art. 392. *Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.*
- 90 *In verbis*: Art. 929. *Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inc. II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistilhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.*
- 91 *In verbis*: Art. 279. *Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.*
- 92 *In verbis*: Art. 280. *Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.*
- 93 *In verbis*: Art. 944. *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*
- 94 *In verbis*: Art. 953. *A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as circunstâncias do caso.*
- 95 *In verbis*: Art. 954. *A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.*
- 96 O projetado art. 16 tinha a seguinte redação: *Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em*

- juízo, a critério do juiz, bem como a situação econômica do responsável.
- 97 STJ, Súmula n. 37, *in verbis*: são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.
- 98 STJ, REsp 226190/RJ, 4ª T., in DJ 01/02/2000, unânime, sendo partes Milton Oliveira Rufino e Grêmio Recreativo Escola de Samba Beija Flor, em decisão assim fundamentada: *Independentemente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira "guerra de etiquetas" de que nos fala MOSSET ITURRASPE (El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista Derecho Privado y Comunitario, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico.*
- 99 STJ. Súmula 281, *in verbis*: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.
- 100 STJ, Súmula 227, *in verbis*: pessoa jurídica pode sofrer dano moral.
- 101 Em equívoco, afirmou o mestre Pontes de Miranda, em seu *Tratado: Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, chama-se "exemplary damages" aos danos morais*. Conforme já examinado, a ligação dos *punitive* ou *exemplary damages* aos danos extrapatrimoniais deu-se tão-somente em um estágio inicial, já estando, ao final do século XIX, amplamente superada. Todavia, desde Pontes de Miranda, não é raro encontrar no Brasil menções aos *punitive damages* como se fosse o instituto correlato no Direito anglo-saxônico à nossa indenização por dano moral, o que não poderia estar mais longe da realidade. Como visto, é pacífico, no Direito anglo-saxônico, que a indenização por danos extrapatrimoniais apresentam função compensatória. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972.
- 102 Hoje não mais prevalece tal limitação, que foi ultrapassada, na Itália, pela construção teórica e, na Argentina, pela reforma legislativa de 1968. Vide nota n.85, *supra*.
- 103 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.183.
- 104 Em verdade, a adoção da teoria da pena privada como solução à questão da imoralidade da indenização é, no mínimo questionável. No apontar de Pontes de Miranda, *o recebimento, pelo que sofreu o dano, nada tem de imoral (...). Em verdade, não há castigo, nem há imoralidade no receber, mesmo porque, se a fixação fosse de pena privada, a imoralidade não desapareceria.* (t. LIV, p. 298-299) PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*
- 105 Propugnamos que, em regra, a função da reparação do dano moral é somente ressarcitória BODIN DE MORAES, *op. cit.*; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- 106 LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral (parecer). *Revista dos Tribunais*, v. 728, p. 94-101, jun. 1996.
- 107 São partidários da teoria mista, que pode ser considerada majoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira, CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral, não pede um preço para a sua dor moral, mas, apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a de pena. (p. 47); GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p.31-44, mar. 1999; CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.
- 108 STJ, 4ª Turma. REsp nº 389.879-MG, j. 16/4/2002, DJ 2/9/2002, *grifamos*. *Veja-se, ainda: Resp 246.258, 4ª T., j. em 18/4/2000; REsp 337.739/SP, este, in verbis: I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. (RSTJ 151/269-270). Acerca dos critérios seguidos nessas e em outras decisões, veja-se a análise de BODIN DE MORAES, op. cit., p. 267- e ss.*
- 109 Assim, a jurisprudência brasileira, confirmando o acerto para além fronteiras da pesquisa de GALLO, *op. cit.*, p.197 e ss.
- 110 BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 267 e ss.
- 111 Não se determinando, por exemplo, que critérios deveriam existir para justificar a relação entre o dano e o *quantum* da indenização punitiva.
- 112 Em tema de responsabilidade civil verifica-se – após décadas de atenção ao dano e à vítima – um certo (e necessário) ressurgimento da atenção à conduta do agente. Observa, a propósito, Pinto Monteiro: “se nos anos 60 e 70 se apelidavam de “reacionários”, “imbecis” e “fechados ao pensamento moderno” os autores que continuavam a reivindicar a importância da ilicitude e da culpa no âmbito da responsabilidade, por se entender que a grande preocupação seria o ressarcimento do lesado, só à posição deste se devendo atender e não também à conduta do lesante, hoje, ao invés, ao ressuscitar-se a pena privada, é a ilicitude e a culpa que voltam a emergir e a ocupar o seu posto”. (PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 661).
- 113 Com razão Moisset Iturraspe ao afirmar que “sin culpabilidad no puede haber sanción punitiva” (MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, p. 176). Veja-se, além do mais, as condições de aplicação exigidas (*outrageous conduct, evil motive*), como explicita o Restatement (Second) of Torts. (Restatement of the Law – Torts-Division 13. Remedies - Chapter 47. Damages-Topic 1. General Statements-§ 908. Punitive Damages), *in verbis: Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*(2) *Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant. (...) b. Character of defendant's conduct. Since the purpose of punitive damages is not compensation of the plaintiff but punishment of the defendant and deterrence, these damages can be awarded only for conduct for which this remedy is appropriate – which is to say, conduct involving some element of outrage similar to that usually found in crime. The conduct must be outrageous, either because the defendant's acts are done with an evil motive or because they are done with reckless indifference to the rights of others.*
- 114 Ressalve-se o cuidadoso trabalho de pesquisa de BODIN DE MORAES, *op. cit.*, aqui tantas vezes citado.
- 115 STF, AI 455846/RJ. Ementa: Responsabilidade Civil Objetiva do Poder Público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (*exemplary or punitive damages*) e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo improvido. J. em 11/10/2004, ainda pendente de publicação. Decisão transcrita no informativo@stf.gov.br n. 364, acesso em 14/10/2004.
- 116 Note-se que o “uso de fórceps” não tem nada de ilícito, tratando-se de procedimento por vezes recomendável e imprescindível para salvar a vida da criança e de sua mãe, segundo as normas técnicas da boa prática médica. O que pode haver, isto sim, é o uso imperito do fórceps, causando dano que poderia ter sido evitado

- se a conduta tivesse sido diligente. De toda a forma, *será preciso o acurado exame da conduta do agente* para averiguar-se se, no caso, *em vista das circunstâncias concretas*, poderia, ou não, ter sido observado procedimento diverso, de modo a não decorrer o dano.
- 117 Nomeadamente: REsp 295.175/RJ, Rel. Min. Sâçvio de Figueiredo Teixeira – Resp 318.379/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi – REsp 355.392/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Castro Filho.
- 118 Assim, a passagem: “Definitiva, sob tal aspecto, a lição – sempre autorizada – de PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema: *Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter compensatório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (...) O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguilar Dias). A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório.*
- 119 Nomeadamente: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 115 e 239, itens ns. 20 e 40, 2. ed., 1994, RT; STOLZE, P. G. e PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. II/319, item n. 2, 2. ed., 2003, Saraiva; MENEZES DIREITO, C. Alberto e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII/348-351, item n. 4.5, 2004, Forense; SAID CAHALI, Yussef. *Dano Moral*, p. 175-179, item n. 4.10-D, 2. ed., 1998, RT; VENOSA, Silvio de. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 4/189-190, item n. 10.2, 2. ed., 2002, Atlas; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, p. 105 – 106, 2004.
- 120 AVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2003, em especial p. 85-118.
- 121 TJRS 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 596.210.849. J. 21/11/1996. Ementa: *CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FORÇADA MOVIDA CONTRA HOMÔNIMO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CREDOR. 1. O credor é responsável pelo dano provocado contra homônimo, executado no lugar do verdadeiro obrigado, pois a execução se realiza no seu interesse (CPC, art. 612). Fixação do valor da indenização (exemplary damages). 3. Apelação desprovida.*
- 122 As decisões em TJ/RS, Sexta C. Civ., 70003050531, j. em 29/10/2003. Ementa: *ação de reparação por dano moral. Prova. Arbitramento judicial. Valor do crédito inscrito. Punitive damages. Presume-se a existência de danos morais em razão de indevida inscrição do nome do devedor em bancos de dados de consumidores. Trata-se de dano in re ipsa, que dispensa prova. É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da reparação no dano moral deve ser arbitrado pelo juiz e não, postergada para liquidação de sentença. O valor do crédito inscrito deve ser considerado, mas não serve de baliza para a fixação do valor da reparação. A doutrina dos punitive damages, abrangida pelas peculiaridades da cultura nacional, deve ser aplicada quando se verifica falha de serviço decorrente de tratamento impessoal e descuidado no exercício de faculdade nociva ao interesse individual de terceiros e sem ganhos para instituição de porte considerável. Apelo do réu desprovido. Apelo do autor parcialmente provido. Também da Sexta C. Civ. a Ap. Civ. n. 70005349865, j. em 10/12/2003; e a Ap. Civ. n. 70001991314, j. em 29/10/2003. Na Quinta C. Civ. a Ap. Civ. n. 596179937, j. em 05/12/1996;*
- 123 A questão da proporcionalidade é bem aguda no Direito Penal, não só na cominação da pena, mas principalmente em sua aplicação concreta, pois se há a exigência da tipicidade na configuração do crime, na aplicação da pena reina certa discricionariedade quanto à escolha da pena justa. Essa discricionariedade é dada pelos limites amplos do art. 59 do Código Penal, onde estatuidos os parâmetros a serem necessariamente considerados pelo juiz com vistas à *justa reprovação e prevenção*. Por ser uma cláusula geral, extremamente aberta, a individualização da pena tem limite máximo, mas entre mínimo e máximo há largo espaço, que não pode ser amplíssimo exatamente por quebra da proporcionalidade. Por outro lado, quando se aplica pena há sempre um intuito de prevenção. Porém, a prevenção buscada há de ser a *prevenção geral positiva*, consistente na reafirmação do ordenamento afrontado para reforço da fidelidade dos consorciados, com a revalidação do valor desrespeitado. Em suma, ao individualizar-se a pena é preciso não apenas saber se o agente é culpado, mas *quanto é culpado*, pois só a pena justa encontra repercussão positiva nos consorciados. A pena civil desmedida, portanto, não alcança sequer os objetivos de desestímulo ou exemplaridade pretendidos, pois, se escandalosa, não intimidada: revolta, levando ao descrédito à justiça. (Para essas observações, leia-se REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.13-58).
- 124 O chamado “Projeto Fiuza”, que propõe alterações ao Código Civil, ora em tramitação no Congresso Nacional, visava introduzir o §2º ao art. 944 do Código Civil, para constar: *A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante*. A proposição é equivocada ao deixar a aplicação de penalidade ao exclusivo alvedrio do julgador, ausentes quaisquer critérios e ao não atar o caráter de punição à prova de uma conduta reprovável (porque dolosa ou gravemente culposa) importando, assim, em agressão aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Assim também entendeu a Comissão de Constituição e Justiça que opinou pela rejeição da alteração, sob a seguinte justificativa: *Art. 944 - A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.* (Relator Deputado Vicente Arruda).
- 125 Se a condenação for à reparação pecuniária, o *quantum* indenizatório reverterá a um fundo Federal ou Estadual, cujos recursos são destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13, Lei n. 7.347/85). No que concerne ao dano ambiental, note-se que a obrigação de *recuperar e/ou indenizar os danos causados* (art. 4º, VII, da Lei 6.938/81) segue o princípio da ampla reparação, abrangendo, por exemplo, o período em que a coletividade ficou privada do uso do bem afetado. O valor é resultado de uma estimativa, para a qual são considerados o dano e suas consequências para a saúde pública. O juiz será o responsável pela definição do valor, contando, para tal, com o auxílio de peritos que atuam em caráter não-vinculativo, mas informativo. Assim, como já observamos em outra sede, agrega-se à função reparatória (ou indenizatória) uma certa função *punitiva*, pois valor a ser pago será maior se o dano for irreversível ou se uma espécie em extinção for abatida. (MARTINS-COSTA, Judith. *Le préjudice écologique*. Rapport brésilien. Journées de la Ass. Henri Capitant. Montreal, set. 2004. (inédito).
- 126 Assim também observa BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 263.
- 127 Como observamos anteriormente, em alguns Estados norte-americanos uma parcela da indenização paga a título de *punitive damages* reverte para o Estado, ou para algum fundo específico.
- 128 Veja-se, nesse sentido, a percuente

crítica de BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 252 e ss.

129 SACCO, *op. cit.*, p.28.

130 MACHADO DE ASSIS. Crônica n. 25, in *A semana – crônicas (1892-1893)*. Org. GLEDSON, John. São Paulo, Hucitec, 1996, p.134, *in verbis*: *Finanças das finanças, tudo são finanças. Para onde quer que me volte, dou com a incandescente questão do dia. Conheço já o vocabulário, mas não sei ainda todas as idéias a que as palavras correspondem, e, quanto aos fenômenos, basta dizer que cada um deles tem três explicações verdadeiras e uma falsa.*

ABSTRACT

The authoresses look over the institute of punitive damages, which may be understood as “punitive indemnity”, and its compatibility with the Brazilian Law, since this punishment has been acquiring progressive acceptance into the doctrine and jurisprudence.

They quote some trials occurred in the United States of America that exemplify the mechanisms and limits of punitive damages. In these cases, the evidence of the subjective elements that underlie the offender’s behavior are considered essential, in order to achieve a useful result concerning punishment/deterrence.

They allege that, in Brazil, the institute of punitive damages is normally mistaken for the punitive nature associated with the compensation for non pecuniary damage, being often called upon to grant exemplary nature to such trials. Unjustifiably so, once the Brazilian legal system offers large possibilities to satisfy, indemnify or compensate pain and suffering, both in the new Civil Code and in the Brazilian Constitution.

KEYWORDS – Civil Law; damage – non pecuniary, pain and suffering; new Civil Code – articles 944,953,954; liability – civil, objective, subjective; punitive damages; Law – Brazilian, Anglo-Saxon.

Judith Martins-Costa é Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora e Livre Docente pela Universidade de São Paulo.

Mariana Souza Pargendler é Acadêmica de Direito na UFRGS. Bolsista CNPq-PIBIC.