

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

PRISCILLA YLRE PEREIRA DA SILVA

**A FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA
DO INSTITUTO E SUA (IN)APLICABILIDADE PELO DIREITO
BRASILEIRO**

VITÓRIA
2018

PRISCILLA YLRE PEREIRA DA SILVA

**A FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA
DO INSTITUTO E SUA (IN)APLICABILIDADE PELO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão do curso apresentado no
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito para aprovação na
disciplina Elaboração de TCC.

Orientadora: Professora Dra. Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço às mulheres nas quais me espelho, à minha mãe, Sueli Raasch Pereira, por sempre ter me apoiado, por ter me dado a oportunidade de cursar essa segunda graduação, por sempre me abraçar e por nunca ter me deixado desistir, e à minha segunda mãe, Célia Lúcia Vaz de Araújo, que me faz não duvidar da minha capacidade, que me incentivou desde o início, que nunca duvidou que eu conseguiria.

Agradeço, também, à minha orientadora, Prof. Dra. Bruna Lyra Duque, por me dar a oportunidade de realizar este trabalho e por me ensinar, de maneira brilhante e ética, o que é ser uma advogada.

Agradeço a quem conquistou meu coração durante essa jornada, Ulisses Laffranchi, meu porto seguro, que acredita mais em mim do que eu mesma, que me incentiva a ser cada dia melhor e que me inspira todos os dias simplesmente por ser como é.

Agradeço aos meus irmãos Leandro Alexandrino e Erly Alexandrino, cuja inteligência e desenvoltura intelectual por vezes me oprimem, mas que foram essenciais em todos os momentos em que me senti perdida na jornada universitária, bem como agradeço à minha irmã Eliane Magalhães, com quem aprendi que é possível conseguirmos tudo o que desejamos.

Finalmente, agradeço àquelas pessoas importantes, que estiveram junto comigo quando duvidei de meu potencial e que me incentivaram. São elas: Flávia de Almeida Gonçalves, amiga que sempre esteve presente e disposta a ouvir, a enxugar as lágrimas e a comemorar junto comigo; Ana Cláudia Onofri, amiga que eu sei que quero caminhar ao lado por toda a minha vida, a quem eu devo muito mais do que ela imagina; e Bárbara Raasch Timm, amiga que é bem capaz de ser prima, com quem aprendo todos os dias. Por fim, quero agradecer aos demais amigos que caminharam junto comigo nesses anos desta graduação em Direito, com os quais ri, briguei, discuti, aprendi e cresci.

A luta pelo direito é a poesia do caráter!

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Este estudo analisou, por meio do método hipotético-dedutivo e utilizando a análise econômica do direito, a necessidade, as consequências e os possíveis benefícios da real aplicação da função pedagógica da reparação civil no Brasil, como indenização punitiva apartada à compensação pelos danos sofridos, ou, como vem sendo aplicada, embutida ao valor arbitrado a título de indenização pelos danos morais, objetivando encontrar soluções práticas para os problemas sociais que decorrem da lógica do lucro proveniente do ilícito, adotada por muitas empresas no mercado. O estudo utilizou o método hipotético-dedutivo para, identificado o problema da inadequação da responsabilidade civil apenas reparatória frente à sociedade de risco, verificar a aplicabilidade da função punitiva do instituto no Brasil, para fins de efetivação do princípio da prevenção, a superação das limitações do paradigma da reparação integral, utilizando, para o processo de falseamento, as principais críticas doutrinárias acerca da função punitiva. O trabalho permitiu alcançar nova interpretação jurídica da responsabilidade civil, adequando-a às necessidades da sociedade contemporânea, bem como evidenciou a possibilidade de ultrapassar as limitações decorrentes do paradigma do princípio da reparação integral, para resgatar as demais funções da responsabilidade civil, de maneira a prevenir o dano e as reiteradas violações das normas prescritivas de comportamento. Entendeu-se que a função punitiva da responsabilidade civil é compatível com a constitucionalização do direito civil e indispensável à concretização de sua função preventiva e para o alcance do bem-estar social, e, principalmente, que a aplicação da punição da conduta do ofensor, quando comprovada a culpa grave ou o dolo, é compatível com a lógica da valorização da vítima e da ampliação das hipóteses de ressarcimento.

Palavras chave: Responsabilidade civil; *punitive damages*; indenização punitiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 AS DIMENSÕES FUNCIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	08
1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA HISTÓRIA: O INSTITUTO NOS SISTEMAS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	09
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E AS SUAS DIMENSÕES FUNCIONAIS NA ATUALIDADE.....	12
2 AS FUNÇÕES PUNITIVA E PEGAGÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	18
2.1 OS MITOS QUE GERAM MEDOS: O QUE SÃO OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> ?	20
2.2 O CARÁTER PUNITIVO E O CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES.....	25
2.3 ADMISSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO E DO CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DOCTRINÁRIA	27
3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO: O CASO ARGENTINO E A REALIDADE BRASILEIRA	33
3.1 O CASO DA ARGENTINA.....	35
3.2 A REALIDADE BRASILEIRA.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A presente monografia desenvolveu-se como uma proposta a análise dos efeitos da aplicação das normas relativas à responsabilidade civil na atual sociedade, pela perspectiva da análise econômica do direito, no que tange à efetivação da precaução ou prevenção dos danos.

Este estudo analisou as consequências e os possíveis benefícios da real aplicação da função pedagógica da reparação civil, objetivando verificar as soluções práticas para os problemas sociais que decorrem da lógica do lucro proveniente do ilícito, adotada por muitas empresas no mercado.

Além disso, para demonstrar a importância dos estudos sobre a responsabilidade civil, é interessante o discurso introdutório de Anderson Schreiber (2015, p.3), que afirma que os domínios da responsabilidade são uma “anárquica variedade de entendimentos e interpretações que permeiam o tratamento judicial do instituto, gerando [...] soluções díspares para hipóteses idênticas”.

Dessa maneira, contribuiu para a resolução da “anarquia” referida por Anderson Schreiber, ou seja, intenta-se que este trabalho auxilie a construção do necessário diálogo entre a realidade da sociedade atual, as suas necessidades, a doutrina e a jurisprudência sobre a responsabilidade civil.

Dessa forma, o presente trabalho intentou integrar, de forma relevante, as discussões doutrinárias atuais sobre o tema da reparação civil, os preconceitos dos juristas brasileiros frente à indenização punitiva e os problemas práticos que decorrem de sua aplicação pelos magistrados.

No primeiro capítulo, objetivou-se abordar os três principais sistemas de responsabilidade civil que influenciaram os ordenamentos jurídicos ocidentais e as funções do instituto em cada sistema, bem como será exposta a história do instituto no Brasil, analisando os impactos da constitucionalização do direito civil na responsabilidade civil e nas funções do instituto jurídico.

No segundo capítulo, intentou-se apresentar as principais abordagens jurisprudenciais e doutrinárias acerca das funções da responsabilidade civil, principalmente das funções preventiva e punitiva do instituto, verificando a possibilidade de aplicação da função punitivo-pedagógica no ordenamento brasileiro e analisar decisões do Superior Tribunal de Justiça, que versem sobre o tema pesquisado, para que fosse possível identificar as posições atuais sobre o tema

Por fim, no terceiro capítulo, objetivou-se expor a atual situação da responsabilidade civil punitiva na Argentina, bem como a maneira com a qual os civilistas argentinos estão discutindo a questão da quantificação da condenação punitiva, por meio da tradicional análise econômica do direito, para, então, analisarmos a realidade brasileira e a necessidade da aplicação da função punitiva do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

1 AS DIMENSÕES FUNCIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As atuais funções da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro podem ser melhor entendidas após a análise do desenvolvimento histórico do instituto no Ocidente.

Além disso, para auxiliar a análise da atual discussão acerca das funções da responsabilidade civil, é necessário analisar as mudanças sociais e legislativas que moldaram profundas transformações no instituto após a promulgação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa maneira, primeiramente buscou-se identificar os três principais ordenamentos jurídicos que serviram de modelo para a construção do instituto da responsabilidade civil na maioria dos países do Ocidente, quais sejam: o modelo francês, o modelo alemão e o modelo inglês.

Dois dos modelos são provenientes de países de tradição romano-germânica, ou seja, de países cujo sistema jurídico é o *civil law*, quais sejam, o modelo francês e o modelo alemão. De outro lado, o outro modelo é o inglês ou anglo-saxão, proveniente de país cujo sistema jurídico é o *common law*.

Dos três modelos supracitados, Ana Frazão (2011, p. 17) afirma que a construção do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro foi fortemente influenciada pelo modelo francês e, também, mas em menor escala, pelo modelo alemão.

O estudo do modelo inglês também nos é necessário, principalmente tendo em vista que no atual mundo globalizado, os aspectos identificadores de cada modelo dialogam entre si, para que seja possível “transformar a responsabilidade civil em instrumento flexível para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também

de direitos relativos, de situações jurídicas e de interesses legítimos dos mais variados” (FRAZÃO, 2011, p. 40).

1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA HISTÓRIA: O INSTITUTO NOS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

A evidência da influência do modelo francês no sistema da responsabilidade civil adotado pelo Brasil é a existência da cláusula geral de responsabilidade civil, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Civil de 2002.

De acordo com Ana Frazão (2011, p. 19), “o modelo francês foi elaborado a partir da influência direta do jusnaturalismo moderno, que vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa”, ou seja, no modelo francês, aquele que, por sua culpa causou o dano a outrem é obrigado a repará-lo, não havendo, portanto, necessidade do legislador tipificar os atos ilícitos, ao contrário do direito romano e da tradição germânica, sobre a qual iremos discorrer posteriormente.

O modelo francês tem como base a noção de *faute* ou culpa, que, sem distinção, engloba as ideias de ilicitude, de nexo causal e de culpa, e acabou sendo associada, pela doutrina da época, ao sentido moral de culpa, ou seja, no sentido de reprovabilidade moral da conduta e culpa (FRAZÃO, 2011, p. 19).

Na França, a existência de cláusula geral para a caracterização da responsabilidade civil e inexistência de definição, mas específica e em lei, do conceito de culpa, ou da tipificação dos ilícitos cíveis, fez com que grande parte da construção dos pressupostos da responsabilidade civil ocorresse por meio dos julgamentos dos casos concretos. Dessa maneira:

a jurisprudência francesa lastreou os fundamentos da responsabilidade civil em importantes parâmetros objetivos, tais como o **dano direto e o nexo causal**, analisados a partir de cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos. Não obstante tais mecanismos de controle, o modelo francês mostrou-se idôneo para considerar como dano a violação de qualquer interesse, ainda que meramente econômico, desde que fosse legítimo e

certo. É inequívoca, portanto, a relação entre a estrutura flexível do modelo francês e a indeterminação dos interesses protegidos por meio da responsabilidade civil, o que possibilitou a sua fácil adaptação às transformações sociais pela via jurisprudencial (FRAZÃO, 2011, p. 19, grifo nosso).

Noutro giro, baseado na tradição romana e influenciado pela Escola Pandectística, o modelo alemão de responsabilidade civil não foi construído em torno de uma cláusula tão geral como o modelo francês, mas sim três cláusulas gerais que elencavam as categorias de danos passíveis de ressarcimento, caso causados por meio de conduta dolosa ou culposa, quais sejam:

- (i) uma cláusula central, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei (§ 823, I);
- (ii) uma cláusula supletiva, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação culpável de norma de proteção estabelecida em favor de outrem (§ 823, II), e
- (iii) uma cláusula residual que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes (§ 826), assim considerados também a ordem econômica, a ordem jurídica e o interesse público. (FRAZÃO, 2011, p. 21-22)

Além das cláusulas gerais, o modelo alemão previa a definição objetiva de ilicitude e culpabilidade separadamente, bem como previa uma lista de direitos e interesses protegidos pelo Estado, que obrigaria aquele que os violou a reparar o dano injusto causado à vítima (NOLAN, 2017, p. 1).

O modelo alemão aumentou o rol de danos ressarcíveis por meio do instituto da responsabilidade civil ao incorporar, frente ao passar do tempo e das inúmeras mudanças sociais, novos direitos subjetivos e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

O modelo inglês do *common law* não comporta instituto que equivale, em todos os aspectos, à responsabilidade civil do *civil law*. Dentro do ordenamento jurídico inglês, o instituto que se mostra, de certa maneira, correspondente à responsabilidade civil do *civil law* é o *tort law*.

Não existe conceito equivalente ao conceito de *tort* no ordenamento jurídico brasileiro, mas de acordo com Donal Nolan (2017, p. 1) “a palavra *tort* é proveniente

do francês antigo, e pode ser definida como um injusto cível (*civil wrong*), que não é uma quebra de contrato ou um injusto equitativo”.

Historicamente, o modelo inglês enumerava os direitos e interesses que seriam protegidos pelo Estado por determinados *torts*, por exemplo, “a reputação é protegida pelos *torts of libel and slander*, que são coletivamente conhecidos como difamação” (NOLAN, 2017, p. 2).

Alguns dos interesses e direitos são, *per se*, protegidos pelo ordenamento, sem que seja necessária a comprovação de dano, mas apenas que ocorra a violação do direito por outrem.

A evolução da responsabilidade civil no direito anglo-saxão ocorreu principalmente por meio da adaptação dos *torts* já existentes, por meio da jurisprudência, às modificações econômicas e sociais, para o fim de criar novas obrigações de ressarcir danos ou novos interesses e direitos a serem protegidos.

Concomitantemente à adaptação dos *torts* nominados à realidade econômica, Donal Nolan (2017, p. 1-2) afirma que o *duty of care*, que pode ser traduzido como o dever de cuidado, se tornou um “*super-tort*”, porque não faz referência à proteção de um interesse particular, mas sim à natureza da conduta do ofensor. Dessa forma, tornou-se uma espécie de cláusula geral para proteger os cidadãos dos danos provenientes da negligência de outrem.

De acordo com Ana Frazão (2011, p. 27), as diferenças entre os modelos inglês, francês e alemão são mais evidentes no que se refere às funções que são dadas à responsabilidade civil em cada um deles:

[...] pois os sistemas europeus continentais, como é o caso do francês e do alemão, priorizam essencialmente a compensação e o desestímulo, enquanto que o modelo anglo-saxão, especialmente o norte-americano, adota mais abertamente a função punitiva. Ainda se pode observar algumas diferenças relacionadas aos objetivos últimos da compensação e desestímulo, já que os modelos francês e alemão preocupam-se mais com a situação da vítima e com a inserção da responsabilidade civil no contexto das políticas sociais, enquanto que o modelo inglês está mais focado na proteção das liberdades individuais e do mercado (grifo nosso).

Dessa maneira, é possível perceber que todos os modelos de responsabilidade civil têm como peça basilar o princípio fundamental de não causar dano a outrem (*neminem laedere*).

1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E SUAS DIMENSÕES FUNCIONAIS NA ATUALIDADE

Ao analisarmos o desenvolvimento histórico acima, é possível identificar que o ordenamento jurídico brasileiro foi influenciado, principalmente, pelo modelo francês e, em alguns aspectos, pelo modelo alemão, no que tange aos dispositivos legais que versam acerca do instituto da responsabilidade civil.

Essa dupla influência pode ser identificada no Código Civil de 1916, que contém um capítulo inteiro para listar como deve ser realizada a liquidação das obrigações decorrentes de diversos atos ilícitos, também listados pelo legislador, em evidente consonância com o modelo alemão de responsabilidade civil presente no BGB.

Por outro lado, no mesmo diploma legal, em conformidade com o modelo francês, há uma cláusula geral de responsabilidade civil. No artigo 159 do Código Civil de 1916, lia-se que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Também que há a presença da culpa como pressuposto para a reparação, nos moldes do Código Napoleônico.

Mesmo que nos modelos alemão e francês já fosse possível encontrar casos nos quais danos extrapatrimoniais eram indenizados, durante toda a vigência do Código de 1916, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de reparação pecuniária do dano extrapatrimonial era ponto de dissidência doutrinária, tendo em vista que não existia previsão legislativa expressa para esse tipo de reparação.

A constitucionalização do Direito Civil trouxe questões variadas à discussão doutrinária, uma vez que, após a Constituição de 1988, passou-se a reconhecer três premissas teóricas fundamentais da metodologia civil constitucional, quais sejam a força normativa do texto constitucional, bem como o seu papel como filtro interpretativo para aplicação dos diplomas legais e o reconhecimento da unidade e complexidade do ordenamento jurídico (SCHEIBER, 2016, p. 9).

De acordo com Anderson Scheiber (2016, p. 6-10), após a promulgação da Constituição Federal de 1988, identificaram-se múltiplos pontos de conflito entre o Código Civil de 1916 e o texto constitucional, pois o primeiro baseava-se na filosofia individualista e patrimonialista do século XIX, ao passo que o texto constitucional brasileiro elegeu a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução da desigualdade social e a erradicação da pobreza com valores fundamentais. Dessa maneira, passou a se mostrar imprescindível a interpretação das normas do direito civil à luz da Constituição de 1988.

Muitos juristas acreditaram que a promulgação do Código Civil de 2002 daria fim às modificações jurisprudenciais para aplicação do direito civil conforme os princípios e valores constitucionais, entretanto, o Código de 2002 ainda é bastante marcado pela filosofia individualista, voluntarista e patrimonialista do século anterior, tendo em vista que se derivou de projeto de lei datado da década de 1970, sendo necessária a sua reconstrução e interpretação conforme o filtro constitucional.

Nesta perspectiva, Anderson Scheiber (2016, p. 8) aponta que:

A situação do direito civil [...] impõe a reconstrução do próprio papel do direito civil e da codificação na realidade contemporânea, colocando em xeque noções fundamentais de ciência jurídica, como o direito subjetivo, a autonomia privada e a própria distinção entre direito público e privado.

Nesta perspectiva, para fins didáticos, conforme afirmado acima, é possível pinçar o processo de aceitação da indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro como exemplo deste processo de constitucionalização do direito civil.

A discussão doutrinária sobre a possibilidade de reparação pecuniária do dano extrapatrimonial, por sua vez, acabou após a promulgação da Constituição de 1988,

tendo em vista que a possibilidade de ressarcimento desse tipo de dano passou a estar prevista no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal, apesar do inciso citar apenas as violações à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem como fontes dos danos reparáveis, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que a violação de outros direitos, personalíssimos e fundamentais, também poderiam resultar em danos ressarcíveis.

Aliado ao dispositivo constitucional supracitado, os artigos 186 e 927, do Código Civil de 2002, colocaram ponto final a qualquer discussão sobre a possibilidade ou não de reparação dos danos sofridos em demais aspectos extrapatrimoniais pela pessoa humana, bem como abriu a legislação brasileira à atividade jurisprudencial criativa no que tange a parcela de danos indenizáveis (EDRHART JÚNIOR, 2017, p. 48).

Logo, tanto os danos de natureza patrimonial, danos materiais emergentes e lucros cessantes, quanto os danos de natureza extrapatrimonial, os danos morais, passaram a ser tutelados pela disciplina da responsabilidade civil no Brasil. Ao lado destes, foram incorporados outros tipos de danos indenizáveis, como as reparações pela perda de uma chance, por abandono afetivo e por danos existenciais.

Aliado ao desenvolvimento histórico do instituto, conforme narrativa acima, André Gustavo de Andrade (2010, p. 234-235) afirma que as mudanças sociais, principalmente no que tange a massificação das vítimas dos danos, fez com que os pressupostos da responsabilidade civil passassem por profundas transformações, como o abandono da culpa como pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil, nos casos em que a lei prevê a responsabilidade civil objetiva.

Além das transformações quanto aos pressupostos do instituto, passou-se a discutir acerca das funções da responsabilidade civil. Neste sentido, podemos destacar três funções atuais do instituto que são bastante citadas pelos doutrinadores, quais sejam, a função reparatória da responsabilidade civil, também chamada de função estática ou compensatória, a função preventiva e a função punitiva.

A função tradicional da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, herdada dos modelos francês e alemão e derivada do princípio da reparação integral do dano, presente no artigo 944, do Código Civil de 2002, é a função reparatória.

Marcos Ehrhardt Júnior (2017, p. 48) chama a função reparatória de função estática, no sentido de que a responsabilidade civil tem a função de fazer com que aquele que violou injustamente o direito de outrem seja condenado a restituir, à quem sofreu o dano, o suficiente para que ocorra o retorno ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior ao dano causado.

Essa função da responsabilidade civil visa “reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano” (ANDRADE, 2010, p. 237). Na perspectiva dos juristas que entendem a responsabilidade civil como instituto meramente reparatório, a ocorrência do dano é o pressuposto para a aplicação do instituto, cuja função é eliminar ou minorar as consequências de um dano que já ocorreu, por meio da condenação do ofensor a ressarcir a vítima, seja reparando *in natura* ou por meio do pagamento de uma indenização em equivalente pecuniário.

Dessa maneira, o *quantum* da indenização tem como parâmetro exclusivo a extensão do dano causado à vítima, ou seja, o objetivo é a real satisfação dos interesses daquele que foi lesado.

Para muitos doutrinadores, essa função, por se derivar do princípio da reparação integral do dano, impede que a indenização seja arbitrada de forma a ultrapassar o *quantum* equivalente ao total do dano suportado pela vítima do ato ilícito, devido ao princípio da vedação ao enriquecimento indevido.

Dessa forma, analisando a responsabilidade civil apenas pela faceta da função estática ou reparatória, para o arbitramento do *quantum* indenizatório, não é necessário levar em conta a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa ou a sua condição econômica, como é feito pela jurisprudência pátria, o que demonstra, claramente, a aceitação das demais funções do instituto pelos julgadores.

Para o autor Marcos Ehrhardt Júnior (2017, p. 48), a função estática expressa uma ideia específica de justiça, qual seja, que a justiça “exige que cada pessoa suporte as consequências adversas de seus comportamentos, perseguindo-se o reestabelecimento do equilíbrio violado pela infração ao dever imposto a todos”, qual seja, o dever de não causar dano a outrem.

Entretanto, a responsabilidade civil não se limita, atualmente, a sua função tradicional, ela também abarca a função preventiva ou pedagógica do instituto, no sentido de prevenir os comportamentos antissociais.

Essa função da responsabilidade civil é levada em consideração pelos julgadores principalmente nos casos de violação à direitos coletivos ou difusos, no sentido de que o *quantum* arbitrado deve ser o suficiente para dissuadir condutas futuras, ou seja, não se objetiva punir o ofensor pelo dano causado no passado, mas sim fazer com que ele não cometa novamente o ilícito cível e cause mais dano à outras pessoas na sociedade.

No mesmo sentido de André Gustavo Corrêa de Andrade (2010, p. 241), Ehrhardt Júnior (2017, p. 50) afirma que, muitas vezes, os casos concretos nos quais uma pessoa é forçada a procurar o judiciário para ser ressarcida por um dano sofrido, seja de natureza extrapatrimonial ou patrimonial, o valor arbitrado a título de compensação do dano não equivale ao prejuízo total sofrido pela parte.

Dessa maneira, frente à realidade percebida no judiciário brasileiro, de reiteradas condutas lesivas dos mesmos ofensores e de insuficiência da indenização compensatória para cobrir os prejuízos das vítimas, tem tomado força a discussão acerca da função punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil.

A função punitiva, diferente da função preventiva, busca arbitrar uma espécie de sanção ao ofensor, tendo em vista a extensão do dano causado no passado, e os demais parâmetros para o arbitramento do *quantum* da condenação, quais sejam, a reprovabilidade da conduta, a existência de dolo ou culpa, a intensidade de sua culpa e a condição econômica das partes no processo.

Concorda-se com Fernanda Ivo Pires (2017, p. 35), quando ela afirma que a responsabilidade civil, “como componente do direito obrigacional, deve ser vista como um todo, como um processo que visa alcançar a sua finalidade, que não é apenas ressarcimento do prejuízo sofrido, mas também o bem-estar social”. Dessa maneira, o estudo mais aprofundado da função punitiva e da função desestimuladora da responsabilidade civil é essencial na atualidade.

2 AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme exposto no capítulo anterior, o sistema brasileiro de responsabilidade civil foi influenciado, principalmente, pelo modelo do sistema francês de responsabilidade civil, cuja característica principal é a existência de uma cláusula geral que positiva o princípio da reparação integral dos danos causados.

Na França, o princípio acima referido é reafirmado pela jurisprudência da Corte de Cassação, no sentido de que os limites para a quantificação da condenação em caráter de responsabilidade civil é todo o dano e nada além dele, objetivando o reestabelecimento da vítima ao *status quo ante*, como se o dano nunca tivesse ocorrido (HIGA, 2016, p. 170-171).

Entretanto, o reestabelecimento da vítima ao *status quo ante* não é faticamente possível, bem como a compensação individual do lesado, na medida do dano, não consegue atingir integralmente a necessidade funcional que a sociedade atual espera do instituto da responsabilidade civil.

Conforme afirma Nelson Rosenvald (2017, p. 104), o retorno da vítima ao estado anterior ao ilícito é uma ficção, pois os eventos desencadeados pelo ilícito são irreversíveis, na maioria dos casos a vítima, após acionar o poder Judiciário, é tutelada apenas com uma compensação insuficiente para cobrir todos os prejuízos que sofreu.

Além disso, mesmo nos casos de uma compensação “justa” frente aos danos sofridos pela vítima, “a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada” (ROSENVALD, 2017, p. 105), ou seja, nessa perspectiva, sem prejuízo da obrigação do ofensor de reparar o dano que causou, a sua violação dolosa da norma prescritiva de comportamento deveria ensejar uma sanção punitiva.

Dessa maneira, frente à insuficiência da mera reparação dos efeitos do ato ilícito perpetrado pelo réu, de acordo com Flávio Higa (2016, p. 172) “a função punitiva tem vida clandestina na França, por meios secretos e subterrâneos”, quais sejam, as liberdades dos juízes de primeira instância na quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais.

Os parâmetros para o arbitramento de danos extrapatrimoniais nunca foram bem delimitados pela jurisprudência e pela legislação francesa, possibilitando a discricionariedade dos julgadores para arbitrar condenações em valores mais elevados nos casos em que o ofensor praticou ato ilícito dolosamente ou casos de grande desaprovação da conduta que ensejou o dano, critérios de arbitramento incompatíveis com um sistema que somente reconhece a função ressarcitória da responsabilidade civil.

No Brasil também se verifica a promiscuidade entre a indenização por danos morais e a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, conforme será analisado a diante.

Entretanto, diferente do cenário jurídico francês, mesmo que o princípio da reparação integral esteja presente no artigo 944, do Código Civil de 2002, no qual lê-se “a indenização mede-se pela extensão do dano”, é reconhecida, pela jurisprudência pátria, a existência do caráter punitivo e do caráter pedagógico da responsabilidade civil.

Dessa maneira, é bastante atual a discussão acerca das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil e a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro às estas múltiplas dimensões funcionais da reparação civil.

Primeiramente, antes de adentrarmos na discussão doutrinária acerca das dimensões funcionais da responsabilidade civil no Brasil, ao se discutir a função

punitiva e da função pedagógica da responsabilidade civil, muitos juristas utilizam como base de discussão o instituto norte americano dos *punitive damages*¹.

Este instituto estrangeiro que se baseia na máxima *torts does not pay* (o ilícito/dano não compensa), porque os *punitive damages* são arbitrados, em casos excepcionais, para punir a conduta do ofensor, que muitas vezes é maliciosa ou negligente.

Nesses casos, “a pena será desfavorável ao agente econômico, pois como resposta a certas condutas afrontosas ao direito, o ordenamento deverá ensinar que o ilícito não se paga” (ROSENVALD, 2017, p. 135).

Dessa maneira, antes de realizar a análise jurisprudencial e doutrinária acerca da admissibilidade do caráter punitivo e do caráter preventivo da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, é importante refutar alguns mitos que permeiam a discussão jurídica acerca dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América.

2.1 OS MITOS QUE GERAM MEDOS: O QUE SÃO OS *PUNITIVE DAMAGES*?

Muitos dos textos que tratam dos *punitive damages* evocam processos judiciais norte-americanos que resultaram em indenizações milionárias, ou casos nos quais a narrativa fática é contada de forma jocosa para atestar o caráter absurdo do instituto.

Concordamos com Flávio Higa (2016, p. 10) quando ele afirma que muitas vezes os autores contrários à aplicação da sanção punitiva narram casos de condenação de empresas ao pagamento de grande monta, ou até mesmo casos cuja existência não é possível comprovar, com intuito de ridicularizar o instituto da indenização punitiva, ou até mesmo para gerar medo acerca do “enriquecimento sem causa” do autor do

¹ Concordamos com Nelson Rosenvald (2017, p. 191), que afirma que a expressão é melhor traduzida como “condenação punitiva” e não danos punitivos, como foi empregada pela legislação Argentina.

processo, ou para apontar e evidenciar o instituto jurídico como um estimulador da “indústria do dano moral”.

Sobre as indenizações de grande monta, muitos críticos utilizam o caso BMW vs Gore para criticar os *punitive damages*. Resumidamente, Ira Gore comprou, em janeiro de 1990, um carro BMW sports sedan preto e dirigiu-o por nove meses sem notar nenhum tipo de defeito. O proprietário do carro resolver fazer algumas alterações no veículo, e, nessa oportunidade, foi informado que o carro não foi vendido com a pintura original.

Frente à informação, Gore processou a empresa automobilística alegando que o veículo havia sido vendido com vício redibitório e alegou que houve fraude da empresa, que admitiu ter repintado o veículo pois tinha a política de que se o concerto do defeito de fábrica, no caso concreto referente à pintura, tivesse valor inferior a 3% (três por cento) do valor do veículo, a empresa vendia o veículo como novo.

O júri condenou a empresa a pagar US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) a título de *compensatory damages*, tendo como base de cálculo o valor pago a maior por um carro novo sem defeitos, e US\$ 4.000.000,00 a título de *punitive damages*, utilizando como base no lucro proveniente da venda de carros com defeito de fábrica à consumidores que ignoravam a informação, com intuito de punir pela política da empresa.

Entretanto, a condenação punitiva foi revisada e diminuída pela metade antes de ser reduzida para US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares) pela Suprema Corte, que alegou que o caso não demonstrou nenhum potencial de causar maiores danos à sociedade ou ao autor, bem como, mesmo que reprovável, tratou-se de questão meramente patrimonial (HIGA, 2016, p. 145-147).

Além do caso BMW vs Gore, é recorrente a utilização da história do gato no microondas para ilustrar, de maneira jocosa, os *punitive damages*.

Os críticos do instituto narram o caso de uma senhora que recebeu quantia milionária após processar uma empresa por omissão de informação porque comprou um microondas que a empresa produzia e colocou o seu animal de estimação dentro do eletrodoméstico, para secá-lo após o banho, sem ter o conhecimento de que não poderia colocar o seu gato dentro do eletrodoméstico ligado. De acordo com Flávio Higa (2016, p. 20), entretanto, não existem documentos que comprovem que esse caso jamais existiu.

De plano é possível rechaçar o principal argumento dos críticos do instituto, ao contrário da compensação ou da reparação do dano sofrido, os *punitive damages* promovem, claramente, o aumento do patrimônio da vítima, porém esse aumento patrimonial não deve ser interpretado como enriquecimento sem causa, primeiramente por ter tido como causa uma sentença judicial e, além disso, por que o aumento do patrimônio da vítima frente à diminuição do patrimônio do ofensor é resultado da escolha social de impedir que o ilícito propicie qualquer tipo de proveito econômico ao ofensor, inibindo, dessa maneira, a real indústria do dano (HIGA, 2016, p. 42), na qual o ofensor entende que conseguirá lucrar mais ao não prevenir os possíveis danos que, provavelmente, pode causar.

Esta indústria do dano é retratada no famoso o caso Grimshaw vs. Ford (HIGA, 2016, p. 220-222), de 1972, referente ao carro Ford Pinto, um carro concebido para pesar 2.000 libras, vendido por até US\$ 2.000,00 (dois mil dólares), em dois anos a partir da data na qual foi concebido.

Por escolha da empresa, o tanque de combustível do veículo foi colocado na parte traseira, sem “espaço de esmagamento”, para que o motor ficasse intacto no caso de colisão, bem como o para-choque do carro era bastante fino e frágil.

Mesmo reprovado nos testes de segurança, devido à grande probabilidade de explosão do veículo no caso de colisão traseira, a empresa levou o produto ao mercado, que poderia ter sido tornado mais seguro com o custo de apenas US\$ 15,30 por veículo.

Em maio de 1972, dirigindo um Ford Pinto, a Sra. Lilly Gray, acompanhada de um garoto de treze anos chamado Richard Grimshaw, sofreu uma colisão traseira trafegando em velocidade entre 45 a 60 km/h, que fez com que o motor do carro explodisse e o veículo pegasse fogo. A condutora do veículo faleceu e o garoto que a acompanhava sofreu diversos danos físicos e estéticos.

Durante o processo, foram juntados documentos que evidenciavam que a empresa Ford tinha conhecimento da insegurança do produto, bem como havia sido sugerido, em 1971, que a empresa se antecipasse à lei federal que estabelecia padrões de segurança para os tanques de combustível do veículo, o que custaria de quatro a oito dólares por veículo. A escolha da empresa foi a de não adotar as exigências da referida lei, economizando por volta de cem milhões de dólares.

Além disso, foi levado aos autos do processo que, ao tomarem ciência da vulnerabilidade do veículo e da possibilidade de explosão do motor em caso de colisão traseira, a empresa encomendou cálculo analítico comparando quanto dinheiro gastaria para adaptar todos os carros ao padrão de segurança e quanto gastaria apenas desembolsando a média de indenizações para a média de acidentes automobilísticos por ano.

Mesmo sabendo da provável morte de 180 pessoas em acidentes com o veículo Ford Pinto, 180 pessoas gravemente feridas e 2.100 veículos queimados, a empresa preferiu suportar o gasto estimado de US\$ 49.500.000,00 em indenizações em ações judiciais a realizar o *recall* de todos os veículos, ação que custaria US\$ 137.000.000,00 (HIGA, 2016, p. 223).

Neste caso, o júri condenou a empresa a pagar à título de *punitive damages*, sem prejuízo da compensação pelos danos, o valor de US\$ 125.000.000,00. Entretanto, apesar de mantida a condenação na Corte de Apelação, devido a questões processuais, o autor aceitou a condenação punitiva de US\$ 3.500.000,00 para que não fosse necessário um novo júri.

Além de retirar o lucro proveniente do ilícito do patrimônio do ofensor, já foi documentado que o caráter punitivo do instituto desestimula determinadas condutas

no mercado, resultando em mudanças de procedimentos de grandes empresas, como o caso da rede McDonald's, que após ser processado por uma senhora que teve queimaduras de terceiro grau após derramar em seu colo o café servido pela empresa, diminuiu a temperatura na qual o café era servido, bem como implementou recipiente mais resistente para servir bebidas quentes aos clientes.

Os medos sobre o instituto e mitos acerca dos exageros podem ser facilmente desmascarados, segundo Flávio Higa (2016, p. 78):

Ostrom et al, num instigante questionário sobre o quão afiado está o leitor sobre o sistema de responsabilidade civil, formularam as seguintes questões: 1) Cerca de quantos casos de responsabilidade civil vão a júri por ano nas Cortes Estaduais do país? A. Menos de 25.000, B. 25.000 a 50.000 ou C. mais de 50.000; 2) Com que frequência os autores ganham as ações apreciadas pelo júri nos seguintes casos? Responsabilidade médica: A. 1 a cada 3, B. 1 a cada 2 ou C. 2 a cada 3; Responsabilidade do produtor: A. 1 a cada 3, B. 1 a cada 2 ou C. 2 a cada 3; 3) Qual a média das condenações nos casos que os autores têm êxito? A. US\$ 51.000,00, B. US\$ 151.000,00 ou C. US\$ 251.000,00; 4) Em que proporção os veredictos de responsabilidade civil em que os autores são vitoriosos incluem condenação em *punitive damages*? A. 4%, B. 14% ou C. 24% [...] a resposta de todas elas é a letra A.

O instituto é aplicado quando a conduta do agente causador do dano é marcada por negligência, malícia, busca pelo lucro por meio da violação de normas prescritivas de comportamento ou dolo grave, no intuito de desencorajar a prática de tal conduta, em prol do interesse público e social.

Dessa maneira, além de cumprir com o seu propósito desestimulador, uma breve análise dos casos, devidamente documentados, evidencia que o instituto não é fonte de exageros, bem como não é aplicado sem critérios pela justiça norte-americana, pelo contrário, é uma ferramenta utilizada para sancionar casos excepcionais.

Diferente do que acontece no Brasil, o valor dos *punitive damages* é arbitrado de forma separada ao valor da indenização compensatória pelo dano sofrido pela vítima, assegurando o devido processo legal e protegendo os cidadãos de arbitrariedades.

2.2 O CARÁTER PUNITIVO E O CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consagraram entendimento de que no momento do arbitramento do valor da condenação por danos morais deve-se levar em consideração as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo e o grau de culpa do ofensor, para que seja possível arbitrar o valor da condenação de maneira a evitar o enriquecimento sem causa da vítima, mas ao mesmo tempo cumprir o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil.

A menção a estes parâmetros para quantificação do valor da condenação aparece em diversas decisões da corte superior, entre as quais vale mencionar o acórdão proferido na AI 455846/RJ², no qual o Supremo Tribunal Federal cita o instituto *punitive damages* para fundamentar o caráter punitivo e desestimulador da indenização por danos morais, que deve ser arbitrado juntamente com o valor compensatório pelo dano.

² [...] "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 (Aguiar 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." (grifei) Essa orientação - também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade [...] - é igualmente perfilhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz. (STF - AI: 455846 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/10/2004, Data de Publicação: DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163).

Seguindo a perspectiva de acoplamento do caráter punitivo acoplado ao valor arbitrado à título de condenação por danos morais, o Superior Tribunal de Justiça parâmetros procedimentais para o arbitramento do *quantum*, qual seja, a utilização do método bifásico³, que consiste no arbitramento de um valor base para a indenização, em conformidade com os valores arbitrados para casos semelhantes, para então, aumentá-la ou diminuí-la.

Os Tribunais Superiores brasileiros arbitram um único valor para cumprir a função reparatória, a função punitiva e a função preventiva da responsabilidade civil. Entretanto, a ausência de discriminação entre as parcelas, além de dificultar a impugnação da quantificação, acaba por gerar uma condenação insatisfatória, que não cumpre integralmente nenhuma das funções invocadas por meio do provimento judicial.

Conseqüentemente, inúmeras vezes as condenações são tímidas para que se adequem à vedação ao enriquecimento da vítima, mas acabam por manter o lucro proveniente do ilícito em posse do ofensor.

Conforme demonstrado acima, o acréscimo patrimonial da vítima e a diminuição do patrimônio do ofensor é consequência *sine qua non* da condenação punitiva, pois ela somente existe, naturalmente, no valor arbitrado além do *quantum* necessário para a compensação do dano.

³ Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir dessa data (Súmula 362/STJ).9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1152541 RS 2009/0157076-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2011)

2.3 ADMISSIBILIDADE DO CARÁTER PUNITIVO E DO CARÁTER PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DOCTRINÁRIA

No Código Civil não há previsão expressa para aplicação de condenação punitiva apartada do valor compensatório pelos danos sofridos pelo ofendido. Dessa maneira, subsiste a prática, reiterada, dos tribunais em arbitrar, embutido ao valor da compensação por danos morais, uma espécie de “valor a mais” à título punitivo-pedagógico da responsabilidade civil.

Todavia, conforme avaliado acima, muitas vezes o valor arbitrado à título de indenização não cumpre minimamente a compensação do prejuízo suportado pela parte autora.

Neste cenário, os juristas expressam divergências teóricas acerca da compatibilidade da sanção punitiva e preventiva ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como expressam divergências teórico-doutrinárias no que tange a possibilidade de aplicabilidade imediata do caráter punitivo e do caráter preventivo da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, sem que seja necessária mudança legislativa.

Os críticos da compatibilidade da responsabilidade civil punitiva e preventiva destacam a incompatibilidade dessas funções com o artigo 944 do Código Civil, a necessidade de prévia previsão legislativa para a aplicação do caráter desestimulador das condutas ilícitas por meio de sanções que ultrapassem a compensação pelo dano sofrido pela vítima, devido ao princípio da legalidade, o incentivo à “indústria do dano moral”, o enriquecimento sem causa da vítima, entre outras críticas.

Entre aqueles que rejeitam a compatibilidade da aplicação do caráter punitivo-pedagógico à responsabilidade civil está Anderson Schreiber (2015, p. 211), que

entende que o atual ordenamento jurídico brasileiro seria compatível apenas com o caráter compensatório do instituto.

O autor entende que a indenização punitiva é incompatível ao sistema jurídico brasileiro, dentre outros motivos, cita o artigo 944 do Código Civil, como norma que impede esse tipo de indenização embutida ao valor de compensação por danos morais, bem como cita que é impossível conciliar a função punitiva da indenização com a vedação do enriquecimento sem causa e a separação entre ilícito civil e ilícito penal, ambas questões caras ao ordenamento jurídico brasileiro (SCHREIBER, 2015, p. 212-213).

Além disso, entende o autor que atualmente, principalmente depois da conquista referente à responsabilidade objetiva, a preocupação, no âmbito da responsabilidade civil, é voltada à vítima, ao ressarcimento do dano da maior parcela possível de pessoas lesadas, e, conseqüentemente, a culpa ou a punição à conduta do ofensor não encontram espaço na discussão contemporânea de responsabilidade civil.

Entendemos que a preocupação com a punição da conduta do ofensor e a prevenção por meio do arbitramento de sanção punitiva não é incompatível com a preocupação com a vítima e com o campo cada vez mais amplo de ressarcimento de danos.

Apenas ressalta-se que, nos casos em que restar comprovada a malícia do ofensor, que o ato ilícito foi praticado de maneira dolosa, negligente e por culpa consciente, o ordenamento jurídico dê a resposta necessária de maneira a desestimular esse tipo de conduta.

De acordo com Nelson Rosenthal (2017, p. 64), a concepção de que existe uma única sanção possível ao ilícito, qual seja, o ressarcimento *in natura* ou a compensação na extensão do dano, para o retorno da vítima e do ofensor ao *status quo ante*, é uma concepção equivocada, porque ao direito não interessa apenas assegurar o ressarcimento do dano, mas sim desencorajar a violação das normas jurídicas e o cometimento de atos ilícitos que causaram danos ou não causaram.

De maneira contrária a Anderson Schreiber, concordamos com Nelson Rosenvald (2017, p. 95), que afirma que a prevenção é o atual cerne da responsabilidade civil contemporânea, principalmente quando a interpretamos pelo viés civil-constitucional, de maneira a aplicar o instituto para desestimular o desrespeito às normas derivadas dos princípios constitucionais da liberdade, solidariedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade para todos, justa e livre de pobreza.

Neste sentido, a sanção punitiva não se volta apenas “à proteção isolada do interesse patrimonial do sujeito, mas a um interesse geral, de ordem econômica e social, pautado na manutenção da segurança e da transparência” (ROSENVALD, 2017, p. 130)

Para o autor Nelson Rosenvald (2017, p. 63-64), as sanções punitivas e preventivas já estão presentes no ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, no qual o ofensor, que realiza cobrança indevida, é punido com a condenação de pagar o dobro do valor do dano causado.

As astreintes também são sanções punitivas previstas no ordenamento, cuja aplicação muitas vezes não necessita da comprovação de um dano, mas somente da prática de uma conduta ilícita, ou seja, pune-se civilmente mesmo sem o dano.

Em outra perspectiva, para Maria Celina Bodin de Moraes (2007), a aplicação de uma sanção punitiva apartada do *quantum* arbitrado à título de condenação por dano moral não é possível no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Para a doutrinadora Maria Celina de Moraes (2007, p. 221) o *quantum* arbitrado pelo julgador como indenização pelo "dano moral [...] coadunaria [...] uma função de justiça corretiva, por conjugar a natureza satisfatória e a natureza punitiva" do valor arbitrado, ou, por outro aspecto, entende que a indenização cumpre o objetivo de desencorajar a repetição da conduta danosa, em consonância com a teoria do desestímulo.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 252-261), por sua vez, afirma que a face punitiva da indenização por dano moral diz respeito à materialização do nível de reprovação social da conduta dolosa do agente que ocasionou o dano, que deve perceber diminuição em seu patrimônio, e, diz respeito, também, à necessidade de desestimulação da conduta praticada por este agente, buscando a sua eventual eliminação no meio social.

Na visão de André de Andrade (2006, p. 337), é necessária a defesa da possibilidade de aplicação imediata da função punitiva no momento de arbitramento do valor indenizatório, tendo em vista que a responsabilidade civil tem como funções a reparação dos danos sofridos, a prevenção para que novos danos parecidos não ocorram novamente e a punição do ofensor pelo ato causador do dano injusto, que, conjuntamente, tornam-se vetores da promoção da dignidade da pessoa humana.

Diferente de Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, André de Andrade (2006) afirma que é necessário distinguir as parcelas destinadas ao caráter compensatório da condenação do caráter punitivo.

No mesmo sentido, Higa (2016, p. 174) entende que a ausência de distinção entre a parcela compensatória da condenação e a parcela punitiva da condenação, viola o devido processo legal, porque o réu não teria as ferramentas necessárias para refutar os fundamentos da quantificação de cada parcela.

Diferente dos teóricos acima referidos, em posição vanguardista e inovadora, em atenção às rápidas mudanças sociais, por sua vez, Rosenvald (2017) expõe posicionamento no sentido de que a sanção punitiva e preventiva não deve estar interligada ao dano sofrido pela vítima, mas sim ligada à conduta do ofensor, “o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária”, deve-se desestimular o ilícito, e não o dano.

Nessa perspectiva, o autor (ROSENVALD, 2017, p. 70) destaca uma interessante proposta de conceito para o instituto responsabilidade civil, trazida pelo Renata Scognamiglio, de maneira a desassociá-lo de uma perspectiva meramente compensatória e intrinsecamente interligada aos efeitos do ato ilícito praticado pelo

ofensor, qual seja, a responsabilidade civil é a “submissão do agente às consequências desfavoráveis de sua própria conduta”.

Em uma sociedade de risco, na qual os danos, principalmente na seara consumerista, também ocorrem de forma massificada, torna-se necessário utilizar mecanismos para desestimular, principalmente, condutas de violação de direitos reiteradas no mercado, que geram lucro indevido para os violadores (FERRAÇO e RODRIGUES, 2016, p. 25).

Estes violadores, conforme explicado acima por meio do caso Ford Pinto, muitas vezes escolhem, deliberadamente, não adicionar custo ao processo de produção de um produto ou não refinar o procedimento de verificação da existência de dívida para proceder a inscrição do nome de uma pessoa em órgãos de proteção ao crédito, assumindo o risco de arcar com as condenações da pequena porcentagem de vítimas que buscam tutela judicial dos seus direitos lesados.

Perpetua-se no mercado essa lógica do custo/benefício, no sentido de que, se para o fornecedor for menos custoso pagar os valores ínfimos de compensação de danos morais às poucas pessoas que, quando lesadas, ajuízam demandas de indenização, o fornecedor não irá realizar uma efetiva mudança de postura no mercado, porque tal reestruturação se mostra mais custosa (ANDRADE, 2006, p. 261).

Nessa perspectiva, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 261-264) afirma que a aplicação efetiva da função punitiva deve realizar a eliminação do lucro proveniente de ato lesivo, bem como deve cumprir o papel de não incentivar que seja buscado, pelos sujeitos em sociedade, vantagem por meio de prática de atos ilícitos ou atos que podem ocasionar a lesão de outrem, nas relações no mercado.

Logo, é necessário resgatar a faceta sancionatória da responsabilidade civil, para que, por meio da punição de condutas que violem regras de comportamento e princípios, ocorra o desestímulo de práticas ilícitas no mercado e em vários outros âmbitos da sociedade.

A responsabilidade civil, para que se adeque às necessidades da sociedade contemporânea, deve ser tratada como “uma ferramenta poderosa de direcionamento de condutas humanas e garantia de coesão social” (ROSENVALD, 2017, p. 97), desassociada da concepção individualista e patrimonialista, a responsabilidade civil deve ser interpretada conforme o princípio constitucional da solidariedade, desestimulando todos os potenciais ofensores (ROSENVALD, 2017, p. 49).

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO: O CASO ARGENTINO E A REALIDADE BRASILEIRA

A análise econômica do direito pondera, de forma interdisciplinar, como a aplicação do direito influencia o comportamento fático dos sujeitos em sociedade, buscando, no que tange às reflexões acerca da responsabilidade civil, criar um sistema “desenhado de forma a criar para às potenciais vítimas e aos ofensores um sistema ótimo de incentivos, apto a internalizar as externalidades da própria conduta”⁴ (ROSENVALD, 2017, p. 199), ou seja, um sistema nos quais os agentes assumam inteiramente os custos sociais decorrentes de suas próprias ações.

Uma das premissas adotadas pela análise econômica do direito, de acordo com Tomazette (2007, p.180), é a seguinte:

Para os economistas, [...] as pessoas reagem às sanções como reagem aos preços, em outras palavras, pessoas respondem a altos preços consumindo menos tais bens e, por conseguinte, no caso de pesadas sanções, as pessoas responderão realizando menos a conduta punida [...] logo, as regras, aos serem estipuladas para induzir inibição de certas condutas, devem levar em conta fundamentalmente os efeitos econômicos que terão.

Em outras palavras, os sujeitos sociais, englobando pessoas jurídicas e pessoas naturais, entendem o conjunto do ordenamento jurídico como um emaranhado de normas de estímulos ou desestímulos, que são sobrepesados pelos agentes sociais.

Estes agentes, frente à determinada situação, irão ponderar os riscos e os benefícios do descumprimento de uma norma de conduta. Dessa forma, caberia ao Estado fornecer desestímulo para que o benefício decorrente do dano injusto não seja interessante aos sujeitos.

⁴ Externalidades, na análise econômica do direito, “significa os efeitos acarretados pelas atitudes de um agente sobre o bem-estar de outros agentes que não se relacionam diretamente com a atividade desenvolvida” (LANA; PIMENTA, 2010, p. 19). Nessa perspectiva, “os danos derivados do ilícito civil entram na categoria de externalidades” e “as externalidades negativas ocorrem toda vez que um indivíduo, perseguindo a maximização de seu bem-estar, age de forma a imputar danos decorrentes de sua atividade na esfera de outros sujeitos” (ROSENVALD, 2017, p. 204-205)

De acordo com Eduardo Pimenta e Henrique Lana (2010, p. 102-103), a análise econômica do direito tem três principais premissas:

A primeira seria assumir que o indivíduo estaria sempre disposto a esforçar-se com fincas a alcançar mais, do que menos satisfação, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos. Outra premissa seria a de que, no momento em que os indivíduos sopesam suas alternativas, de modo a buscarem qual a mais racional, tomam em consideração o “sistema de preços”, que diz respeito a saber se haveria ou não incentivos ou sanções e, se, compensaria o resultado inicialmente pretendido.

A última premissa seria a de que as normas positivadas teriam caráter de “incentivos”, ou maneiras de coibir ou persuadir atitudes e condutas dos homens. (grifo nosso).

A primeira premissa da análise econômica do direito diz respeito à ideia de que os sujeitos sociais escolhem, racionalmente, a forma de suas ações, para que seja possível maximizar o próprio bem-estar. Porém, de acordo com a segunda premissa, entre a escolha da ação e a realização da ação sobrepesam-se as alternativas, ocorrendo o cálculo de riscos na realização da determinada ação e o possível resultado proveniente dela.

Dessa forma, de acordo com a base do pensamento microeconômico, a existência de normas dissuasivas e de efeitos jurídicos que desencorajem determinado comportamento incidiriam no momento de ponderação dos indivíduos, levando muitos a não realizar conduta lesiva a outrem, tornando-se uma das ferramentas preventivas ao dano.

Logo, apesar das diferentes concepções e do difícil diálogo entre os pesquisadores da área econômica e da área jurídica (COOTER, 2003, p. 4), a perspectiva com a qual os sujeitos sociais lidam com as normas jurídicas é a mesma forma que agem no âmbito do mercado, qual seja, calculam, racionalmente, o risco e o *preço* da conduta que pretendem realizar frente ao possível resultado da mesma. Essa perspectiva contribui bastante para o estudo da responsabilidade civil, inflamando os debates acerca da aplicabilidade do valor desestimulador na quantificação da indenização.

A responsabilidade civil é um dos institutos jurídicos bastantes discutidos pela análise econômica do direito, que entende que:

[...] em matéria de custos e prevenções de acidentes, a teoria tradicional da responsabilidade civil se adapta a uma particular visão de vida em sociedade, pelas quais os danos produzidos por riscos decorrentes das interações cotidianas serão solucionados pelo judiciário mediante a técnica de reparação de danos. Isto corresponde a um ideal de justiça corretiva que se coloca em evidente contraste com o exame da análise econômica do direito, interessada em incentivar comportamentos eficientes. [...] a responsabilidade terá a função de induzir os privados a considerar os danos que seus que os seus comportamentos possam causar aos outros [...] o escopo da responsabilidade será o de internalizar os acidentes, partindo da premissa de que, se os incentivos são ótimos, as vítimas e os potenciais lesantes manterão níveis de precaução que minimizarão os custos sociais dos acidentes. Portanto, [...] resta estabelecido árduo contraste entre justiça corretiva e eficiência. A primeira, objetivando reestabelecer a distribuição de conforto preexistente à lesão. Por seu turno, a eficiência é endereçada a desincentivar aqueles atos que provocam mais danos que utilidades (ROSENVALD, 2017, p. 204)

Dessa forma, é possível instrumentalizar a perspectiva tradicional da análise econômica do direito em consonância com a constitucionalização do direito civil, para que seja alcançada interpretação das normas que compõem o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, de forma fazer com que alcance sua eficiência em todas as dimensões funcionais, principalmente no que tange ao desestímulo, função amplamente reconhecida pela jurisprudência pátria.

A perspectiva tradicional da análise econômica do direito tem importante papel neste processo de análise, equilibrando-a com a perspectiva constitucional de prevenção da prática de atos lesivos para a promoção da dignidade da pessoa humana.

3.1 O CASO DA ARGENTINA

A Argentina foi o primeiro país de sistema *civil law* puro a superar os preconceitos acerca dos *punitive damages* e adotar a indenização punitiva, conforme o modelo norte-americano, dentro de seu ordenamento jurídico.

A discussão acerca da recepção dos *punitive damages* no país iniciou-se na década de 1990, contando com juristas contrários ao instituto, por entenderem que o papel da responsabilidade civil é apenas reparatório e, por outro lado, contando com

juristas que entendiam a possibilidade da recepção de uma espécie de responsabilidade civil punitiva ao ordenamento jurídico. Dentro deste último grupo, discutia-se a necessidade de previsão legal para a recepção do instituto e a possibilidade de aplicação da sanção cível sem que fosse necessária mudança legislativa.

A concepção majoritária entre os juristas argentinos adeptos à recepção da indenização punitiva no ordenamento jurídico do país era a de que, inequivocamente já havia previsão de sanções civis variadas no ordenamento jurídico argentino, não sendo a imposição de pena civil contrária aos princípios constitucionais do país. Dessa maneira, havia possibilidade de recepção da indenização punitiva nos moldes dos *punitive damages*, sendo necessário, para tanto, a criação de nova lei (IRIGOYEN-TESTA, 2017, p. 6).

A divergência, doutrinária e jurisprudencial, acerca da possibilidade de recepção do instituto só teve fim em 2008, quando foi incorporado um novo artigo na *Ley de Defensa del Consumidor*, qual seja:

Artigo 52 bis - Dano Punitivo. O fornecedor que não cumprir suas obrigações legais ou contratuais com o consumidor, a pedido da parte lesada, o juiz poderá impor ao fornecedor uma multa civil, que se graduará de acordo com a gravidade da ofensa e outras circunstâncias, além da indenização compensatória. Quando mais de um fornecedor é responsável pelo inadimplemento, todos responderão solidariamente frente ao consumidor, sem prejuízo das ações de regresso devidas. A multa civil que será imposta não poderá superar o máximo previsto no inciso b, do artigo 47 desta Lei. (tradução nossa)⁵.

Superada a discussão sobre a possibilidade de recepção do instituto *punitive damages*, característico de países cujo sistema jurídico é o *common law*, a discussão entre os juristas argentinos passou a ser sobre os parâmetros de quantificação desta indenização.

⁵ No original: Artículo 52 bis - Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Conforme exposto no capítulo anterior, a jurisprudência norte-americana, até o momento atual, ainda não delimitou parâmetros fixos para quantificação do valor da indenização punitiva, ficando o exercício de quantificação condicionado ao próprio caso concreto.

Neste sentido, Flávio Higa (2016, p. 110) ressalta que a própria imprevisibilidade do valor da indenização punitiva poderia ser entendida como seu valor intrínseco e o fator chave para o seu sucesso.

De acordo com Matías Irigoyen-Testa (2015, p. 82), diversos juristas argentinos, na XXII Conferência de *Civil Law* em Córdoba, bem como na *XII Bonaerense Conference on Civil, Commercial, Procedure and Labor Law* em Junin, concluíram que a vagueza do artigo 52 bis e as dificuldades técnicas provenientes desta vagueza poderiam ser corrigidas no momento da aplicação do instituto.

Ou seja, os parâmetros para quantificação da sanção punitiva devem ser determinados por meio da jurisprudência, com objetivo da maximização do bem comum pela efetivação da prevenção dos danos.

Dessa maneira, na *XI International Conference of Tort Law*, em Buenos Aires, os juristas participantes concluíram que a solução para a vagueza legislativa seria encontrada em fórmulas matemáticas para chegar a um valor não exorbitante, mas suficiente para cumprir o papel de desestímulo do instituto. Neste sentido, o pensamento dos juristas argentinos alinhou-se à análise econômica do direito tradicional e a sua abordagem sobre os *punitive damages* (IRIGOYEN-TESTA, 2015, p. 84).

Para explicar essa abordagem tradicional, é necessário resgatarmos a Fórmula de Hand, fórmula pela qual o juiz norte-americano Hand, em julgamento realizado em 1947, expressou o seu entendimento de que as pessoas deveriam ser consideradas culpadas quando elas não prevenissem danos cujos valores esperados fossem maiores que o montante necessário para prevenir esses danos (IRIGOYEN-TESTA, 2015, p. 85).

A referida fórmula pode ser escrita da seguinte maneira: $L < ph H$. Nesta fórmula, L corresponde ao nível de cuidado necessário para prevenir o dano, H é o valor do dano caso ocorra e pH é a probabilidade de o dano ocorrer.

A lógica dessa fórmula pressupõe que pessoas racionais sempre escolheriam prevenir o dano, pois o valor da prevenção é inferior ao valor que teria que ser pago em caráter de compensação pelo dano causado (IRIGOYEN-TESTA, 2015, p. 85-86).

O problema surge quando o ofensor não é condenado a compensar todo o dano causado, seja pelo ofendido não buscar a tutela jurisdicional adequada, seja pelo julgamento de improcedência de determinada demanda judicial, momento no qual o cálculo realizado pelo ofensor se modifica.

O cálculo passa a levar em consideração a probabilidade de condenação de reparação do dano causado, escrito em linguagem matemática por Matías Irigoyen-Testa (2015, p. 86), da seguinte maneira: $pc ph H < L < ph H$, onde pc representa o valor da probabilidade de condenação à reparação, que é inferior ao valor necessário de investimento para prevenir o dano, fazendo o ofensor entenda mais vantajoso não prevenir o dano, mas somente compensar quando necessário.

Nessa perspectiva, a indenização punitiva deve ser arbitrada no montante suficiente para que não seja mais vantajoso, economicamente, ao ofensor, perpetuar o seu comportamento danoso no mercado, ou seja, para que a indenização promova o desestímulo a eventuais práticas de atos ilícitos impedindo que o ilícito promova lucro.

Tal montante, de acordo com a tradicional análise econômica do direito, pode ser calculado por meio do valor da compensação do dano causado multiplicado pelo inverso da probabilidade de ser isentado da condenação de compensar (IRIGOYEN-TESTA 2015, p. 87).

Ao discutir fórmulas objetivas para a fixação do *quantum* da indenização punitiva, a doutrina e jurisprudência argentina contribui para o consolidação do instituto,

tornando-o mais palatável para demais países de tradição jurídica *civil law*, nos quais a imprevisibilidade do valor da condenação e o medo dos “casos absurdos” nos quais as indenizações enriqueceram demasiadamente a vítima, sobre os quais dissertamos no segundo capítulo, ainda capitaneiam o discurso daqueles que se posicionam contrários à recepção do instituto pela sua incompatibilidade com o sistema jurídico.

3.2 A REALIDADE BRASILEIRA

O relatório do Conselho Nacional de Justiça, sobre os 100 maiores litigantes no Brasil, confeccionado em 2011, destaca que os maiores litigantes brasileiros são as instituições financeiras e o setor público federal, seguidos pelo setor público estadual, empresas de telefonia e pelo setor público municipal (CNJ, 2011, p. 14).

Em outra pesquisa (CNJ, 2017), encomendada pelo CNJ para análise de dados da movimentação processual de sete tribunais de Justiça em 2015, no campo consumerista, constatou-se conclusão parecida com a obtida no relatório de 2011, qual seja, excluídos os entes públicos da pesquisa, ficou comprovado que as instituições financeiras e as empresas de telefonia estão no topo da lista de litigantes, principalmente no que tange as demandas que versam acerca de danos morais e contratos (CNJ, 2017, p. 22).

Muitas destas demandas são ajuizadas por consumidores que se sentiram lesados pelo mesmo tipo de defeito no serviço ou no produto, devido às práticas abusivas reiteradas de um determinado grupo de fornecedores no mercado, como, por exemplo, revisão contratual com pleito de nulidade de cláusulas abusivas, negativação indevida do nome do consumidor, cobranças indevidas, entre outras.

Mesmo com o número altíssimo de consumidores buscando a reparação pelos danos sofridos por defeito nos produtos ou serviços consumidos no mercado⁶, a postura das empresas parece não se modificar, tendo em vista que ano após ano o ranking de maiores litigantes repete os mesmos nomes de empresas.

Estas empresas continuam entregando serviços e produtos defeituosos no mercado, pois o valor das pequenas indenizações por danos extrapatrimoniais e das compensações pelos danos materiais causados aos consumidores, decorrentes, por exemplo, da negativação indevida do nome do consumidor, já estão previstas como passivo da empresa, e representam montante menor que o valor de investimento necessário para que seja modificada a prestação de serviços e adotado sistema eficiente de prevenção de danos.

Dessa maneira, a atual dinâmica de aplicação da responsabilidade civil não permite que o instituto cumpra propriamente as suas funções punitiva e preventiva, pois apenas o seu caráter reparatório ou compensatório é levado em consideração e o caráter punitivo é timidamente acoplado ao valor arbitrado a título de indenização pelos danos morais, para que seja arbitrado valor que ao mesmo tempo puna o ofensor e não enseje enriquecimento sem causa à vítima, para que a não seja fomentada a “indústria do dano moral”.

Conforme a lógica da tradicional análise econômica do direito e por meio da análise da realidade brasileira, entretanto, o discurso jurídico que alega prevenir o enriquecimento da vítima e arbitra indenizações irrisórias frente às violações de direito recorrentes, acaba por promover a “indústria do dano” e o enriquecimento dos ofensores, estimulando os maiores agentes ofensores a perpetuar as práticas ilícitas pois mantêm os lucros obtidos pelas referidas práticas.

⁶ Para maiores informações sobre a questão ver: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa políticas públicas do poder judiciário: os maiores litigantes em ações consumeristas – mapeamento e proposições.** Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/bd8f715ca9ae1f539cd2d15421e843e7.pdf>>. Acesso em: 04 mai 2018.

Conforme capítulo anterior, verificou-se que o caráter punitivo da responsabilidade civil é reconhecido pela jurisprudência pátria, principalmente para que os danos sejam preferentemente prevenidos que remediados.

Dessa maneira, mesmo que em moldes diferentes dos *punitive damages* norte-americanos, essa função deve ser aplicada de maneira mais efetiva pelos julgadores, nos casos em que for comprovado o dolo ou a culpa grave do ofensor, de forma que as condenações dos ofensores passem a ser eficientes, ou seja, que passem a ser incentivos para a melhora na prestação de serviços e, conseqüentemente, na prevenção dos danos e o ilícito deixe de ser lucrativo (HIGA, 2016, p. 219).

Nessa perspectiva, o agente que causa o dano ainda é responsabilizado pela compensação da vítima, mesmo que não reste comprovada a sua culpa, conforme parágrafo único do artigo 947 do Código Civil, ou conforme os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que consagram a responsabilidade objetiva. Entretanto, será punido de maneira exemplar e efetiva quando comprovado o dolo ou a culpa grave, bem como o lucro ilícito percebido por meio da perpetuação dos atos ilícitos no mercado.

Como é possível verificar por meio das pesquisas empíricas realizadas pelo CNJ, a fusão da compensação e na punição em uma única parcela indenizatória, sem que seja delimitado de maneira fundamentada qual parcela da condenação diz respeito a cada função, obsta qualquer tipo de efetivação da função punitiva já admitida pela jurisprudência, pois ela é arbitrada por meio da maleabilidade do conceito de danos morais, sem preocupação de racionalização e real fundamentação do valor arbitrado (HIGA, 2016, p. 231).

Dessa maneira, para que seja efetivada a prevenção de danos na sociedade contemporânea, de maneira a assegurar o acesso a todos ao ambiente de mercado saudável e promover a dignidade da pessoa humana, é necessário que o caráter punitivo da responsabilidade civil seja aplicado de maneira racional e técnico, a partir da conjugação apropriada dos institutos civilistas, pelos julgadores, desacoplando-o do valor compensatório da indenização por danos morais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo, analisou-se os três principais sistemas de responsabilidade civil que influenciaram a construção do sistema jurídico do instituto no ocidente e concluiu-se que a responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro foi influenciado pelos sistemas francês e alemão, nos quais a função reparatória da responsabilidade civil é colocada em evidência. Entretanto, ao analisar a história do instituto no Brasil e os impactos da constitucionalização do direito civil concluiu-se que a função meramente reparatória do instituto é insuficiente para que ele atenda às necessidades da sociedade contemporânea.

No segundo capítulo, foram apresentadas as posições doutrinárias acerca das funções da responsabilidade civil no Brasil, principalmente acerca das funções preventiva e punitiva do instituto, verificando a possibilidade de aplicação da função punitivo-pedagógica no ordenamento brasileiro, bem como foram expostas decisões do Superior Tribunal de Justiça que discutiram as funções do instituto.

Por fim, no terceiro capítulo, foi exposta a atual situação da legislação argentina no que tange a responsabilidade civil punitiva, bem como a discussão dos civilistas argentinos, por meio da tradicional análise econômica do direito, sobre os parâmetros para a quantificação da condenação punitiva, para eliminar o lucro ilícito do mercado. Por fim, foi analisada a realidade brasileira, principalmente mercadológica e o índice dos maiores litigantes, para expor a necessidade da aplicação da função punitiva do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Concluiu-se a metodologia civil constitucional possibilita interpretar a legislação de acordo com os princípios, objetivos e valores constitucionais. Dessa maneira, os institutos do direito civil devem ser interpretados de maneira que se adequem às necessidades contemporâneas e para que sejam efetivados os valores e os direitos fundamentais.

Foi possível alcançar nova interpretação jurídica da responsabilidade civil, adequando-a às necessidades da sociedade contemporânea, bem como ultrapassando as limitações decorrentes do paradigma do princípio da reparação integral, para resgatar as demais funções da responsabilidade civil, de maneira a prevenir o dano e as reiteradas violações das normas prescritivas de comportamento.

Isto porque restou evidenciado que a aplicação da responsabilidade civil apenas no seu aspecto reparatório é insuficiente para que seja cumprida a sua função de prevenção de danos.

Para que se alcance uma sociedade igualitária, para que todos tenham acesso ao mercado de maneira justa e para que seja promovida a dignidade da pessoa humana, além da socialização dos danos, ou seja, da concepção de que o dano deve ser ressarcido no maior número de possível de ocasiões, para que nenhuma vítima fique desamparada, com mais razão o objetivo principal do ordenamento jurídico deve ser a prevenção do dano e, para tanto, o ilícito não pode compensar, como foi demonstrado pela análise econômica do direito, o ofensor deve ser sancionado pelo ilícito que comete dolosamente ou por culpa grave, principalmente se o ilícito for recorrente.

Logo, entendeu-se que a função punitiva da responsabilidade civil é compatível com a constitucionalização do direito civil e indispensável à concretização de sua função preventiva e para o alcance do bem-estar social, e, principalmente, concluímos que a aplicação da punição da conduta do ofensor, quando comprovada a culpa grave ou o dolo, é compatível com a lógica da valorização da vítima e da ampliação das hipóteses de ressarcimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código De Defesa Do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mar 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 04 mai 2018.

_____. **Justiça Pesquisa políticas públicas do poder judiciário: os maiores litigantes em ações consumeristas – mapeamento e proposições**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/bd8f715ca9ae1f539cd2d15421e843e7.pdf>>. Acesso em: 04 mai 2018.

COOTER, Robert. The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law. In: ROWLEY, Charles K. (Coord.). **The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers**. Cheltenham: The Locke Institute,

2003. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/106/>. Acesso em: 20 mar 2017.

EDRHART JÚNIOR, Marcos. Para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 35-44.

ESTEVEES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e Direito: Um diálogo possível**. (Tese de doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/Heloisa_Borges_Esteves.pdf>. Acesso em: 20 mar 2017.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; RODRIGUES, Igor Britto. Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: óbices e desafios no contexto brasileiro. **Derecho y Cambio Social**. n. 46. a. 13. Lima: 2016. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista046/DANOS_MORAIS_NO_DIREITO_DO_CONSUMIDOR.pdf>. Acesso em: 08 mar 2018.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 17-43.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IRIGOYEN-TESTA, Matías. Punitive Damages in Developing Countries: The Argentina Case. **The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics**. vol 1, n 1, 2015, p. 79 a 93. Disponível em: <<http://lajjle.alacde.org/journal/vol1/iss1/5>>. Acesso em: 08 maio 2018.

IRIGOYEN-TESTA, Matías. The Legal Cap of Punitive Damage in Argentina. **Civilistica**. ano 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Irigoyen-Testa-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2018.

LANA, Henrique Avelilno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito e a sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, n. 57, jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 08 mai 2018.

NOLAN, Donal. Foreword. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p 1-4.

PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 35-44

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RODRIGUES, Francisco; VERAS, Gésio. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. In: **Civilistica**. a. 4. n. 2. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: < <http://civilistica.com/dimensao-funcional-do-dano-moral-no-direito-civil-contemporaneo/>>. Acesso em: 10 mar 2017.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2015.

KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coord). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 15. n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.