

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-119-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Este Grupo de Trabalho, que em 12 de novembro de 2015 reuniu pesquisadores de todo o país para discutir Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, não poderia ter se reunido em ocasião mais simbólica. Uma semana antes, no dia 5 de novembro, acontecera a tragédia do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais, que resultou em perda de vidas humanas, de histórias de vida, de cultura, de meios de subsistência, lares, dentre outros bens. E afetou populações, economia e meio ambiente de, até agora, dois estados da federação, além de (segundo muitos) assassinar o Rio Doce, riquíssimo em biodiversidade e muito importante para a economia dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. E foi lembrando isso que iniciamos nossos trabalhos.

Estávamos também a pouco mais de um mês da data em que o mundo se reuniria novamente, em Paris, para discutir (e pode ser nossa última chance) como lidar com o problema das mudanças climáticas, cujos efeitos vêm sendo sentidos por todos, em todos os continentes. Nesse sentido, lembramos aos participantes que, no campo jurídico, Comitês Internacionais da International Law Association (importantes por reunirem estudiosos do direito e das relações internacionais de todos os continentes e vertentes político-jurídicas) vêm publicando obras e relatórios importantes sobre dano ambiental, desenvolvimento sustentável, responsabilidade social das empresas no contexto do desenvolvimento sustentável, e, mais recentemente, sobre a gestão e o uso de recursos naturais internacionais em/por Estados nacionais. Lembramos também de um projeto internacional (Earth System Governance) nascido em uma universidade (Universidade das Nações Unidas em Bonn) e que, hoje sob o guarda-chuva da Future Earth (que reúne as principais instituições nacionais e internacionais financiadoras de pesquisa sobre o assunto), vem discutindo experiências de governança, local e global, para prevenir/conviver/mitigar/adaptar planeta e sociedade na batalha contra os efeitos das mudanças climáticas. Há que sensibilizar para os problemas e engajar na busca de alternativas/soluções, jovens - cujo futuro está ameaçado... E isso exige uma mudança fundamental de mentalidade, para a qual o CONPEDI, com sua característica única de fazer conversar "todos os sotaques" dos diferentes estados e regiões brasileiros, está em posição de contribuir muito.

Foram 27 trabalhos selecionados em processo de avaliação cega, apresentados e discutidos em um clima de coleguismo e compartilhamento que não poderia ter sido mais agradável. Os

"sotaques" se ouviram, valorizaram, respeitaram e foram respeitados e valorizados. Foi certamente um longo dia, ao final do qual estávamos, todos (e ainda éramos muitos!), exaustos mas felizes. Saímos de lá, todos, com novas ideias e perspectivas. Convivemos com a diversidade, e dela aprendemos. Esperamos que este livro - resultado de tantos esforços - possa contribuir como se espera; que seja lido, replicado e as experiências multiplicadas. Agradecemos, a todos os que apresentaram trabalhos mas também a tantos que lá estiveram apenas para ouvi-los, a presença, a atenção, o interesse. E esperamos vê-los em Brasília em seis meses!

**RESPONSABILIDADE CIVIL, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE A ADOÇÃO DOS
PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL**

**TORT LAW, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND SUPERIOR COURT OF
JUSTICE: ESSAY ON ADOPTION OF PUNITIVE DAMAGES IN BRAZIL**

**Guilherme Bonato Campos Caramês
Cesar Felipe Bolzani**

Resumo

Partindo-se do pressuposto da nova ordem axiológica do direito privado, na qual a responsabilidade civil deixa de ter como principal preocupação a mera recomposição patrimonial decorrente do dano para privilegiar a prevenção do ilícito, o presente artigo pretende investigar se é possível a adoção dos punitive damages no Brasil, bem como se este instituto seria convergente com esta perspectiva preventiva, levando-se em conta, para tanto, o instrumental teórico da Análise Econômica do Direito, especialmente a concepção de internalização das externalidades. Após o delineamento destas questões, que abrangerá pontos doutrinariamente problemáticos no que tange aos punitive damages, notadamente em relação a quantificação do dano e o enriquecimento ilícito, se buscará demonstrar em que medida o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se aproxima ou se afasta das conclusões construídas no plano teórico, problematizando a questão a fim de projetar soluções alinhadas com a concepção de responsabilidade civil pautada na prevenção.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Punitive damages, Responsabilidade civil, Abordagem preventiva, Stj

Abstract/Resumen/Résumé

Starting from the assumption of the new axiological order of private law, in which the liability ceases to be primarily concerned with mere patrimonial recomposition resulting from damage to privilege the prevention of illicit, this article intends to investigate if the adoption of the punitive damages is possible in Brazil, as well as if this institute would be convergent with this preventive approach, taking into account, therefore, the theoretical tools of Economic Analysis of Law, especially the concept of internalization of externalities After outlining these issues, that will cover the doctrinally problematic points about the punitive damages, notably in relation to the amount of damages and illicit enrichment, the article will demonstrate to what extent the current positioning of the Superior Court of Justice STJ accepts or rejects the theoretical conclusions, discussing the issue in order to design solutions aligned with the preventive approach about tort law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of law, Punitive damages, Tort law, Preventive approach, Stj

1. INTRODUÇÃO

Em um cenário de humanização da responsabilidade civil, em que se enaltece o papel preventivo capaz de evitar a ocorrência de futuros ilícitos, ficando em segundo plano a preocupação de mera recomposição patrimonial decorrente do dano, o estudo de novas perspectivas acerca da obrigação indenizatória passa a ser necessário, notadamente em sociedade de consumo massificadas, onde determinadas condutas podem gerar danos sistêmicos e difusos.

Neste sentido, a partir da construção histórica do instituto da responsabilidade civil nos Estados Unidos, diretamente atrelada a corrente metodológica da análise econômica do Direito, percebe-se o desenvolvimento de um diferente modelo indenizatório, alicerçado com foco na reprimenda e desincentivo econômico da prática ilícita: os chamados *punitive damages*,

Com base nestas premissas, questiona-se qual a possibilidade de adoção deste instituto jurídico estrangeiro no Brasil, bem como se, de fato, os *punitive damages* são convergentes com esta nova ordem axiológica da responsabilidade civil, oriunda de uma leitura constitucional do direito privado.

Neste contexto, e utilizando-se do arcabouço teórico da análise econômica do Direito, notadamente a concepção de internalização das externalidades, serão abordados pontos doutrinariamente controvertidos em relação à incorporação deste instituto no país, sobretudo no que diz respeito aos critérios de quantificação da indenização e o enriquecimento ilícito daquele que sofre o dano.

Em seguida, após o delineamento destas questões, se buscará demonstrar em que medida o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça se adere ao modelo de responsabilidade civil preventiva, bem como, a partir desta leitura, qual a expectativa de ingerência dos *punitive damages* sobre os julgados desta Corte Superior.

Por fim, com base nas análises anteriores, se pretende elaborar uma crítica em relação ao atual sistema brasileiro de responsabilidade civil, bem como propor soluções alinhadas com a perspectiva de prevenção de danos.

2. ANÁLISE ECONÔMICA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Em grande medida, a aproximação entre Direito e Economia foi historicamente construída tendo como substrato a temática da responsabilidade civil¹. Isto se deve, sobremaneira, à estreita relação entre a natureza econômica dos agentes inseridos no sistema capitalista e o mecanismo de reparação pecuniária decorrente do instituto da responsabilidade civil.

A *Law and Economics*, ou análise econômica do Direito, por não ser uma doutrina normativa, sobre como o Direito deve ser ou como deve funcionar, mas, sim, um método de pesquisa sobre o comportamento humano, dotado de um conjunto de instrumentos analíticos (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 85), acaba por complementar a relação lógica estabelecida pelo exame jurídico da responsabilidade civil, propiciando uma análise *ex ante* da conduta ilícita. Sobre esta perspectiva, vale o escólio de Klaus Mathis:

A análise econômica é uma análise *ex ante*, enquanto a perspectiva jurídica é uma análise *ex post*. Economistas, quando estudam um conjunto de danos, não estão primariamente preocupados com o incidente ocorrido, mas sim com aqueles que possam acontecer no future. Eles estão preocupados com o efeito dos precedentes no Direito.² (MATHIS, 2009, p. 69)

Inclusive, é deste caráter *ex ante* que decorre o entendimento, pelos adeptos desta corrente de pensamento, de que a principal função das regras de responsabilidade civil é a de influenciar na conduta futura dos indivíduos, uma vez que o benefício social representado pela aplicação de suas regras não é o de compensar a vítima, mas, sim, o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes (GAROUPA, 2009).

Através do arcabouço teórico da análise econômica dos institutos jurídicos, é possível perquirir, portanto, sobre como os indivíduos podem ser estimulados ou desestimulados, por meio de normas jurídicas, a praticarem ou omitirem condutas consideradas socialmente desejáveis. Neste sentido, a responsabilidade civil, pautada em um sistema de incentivos, fundamenta-se, sobretudo, na medida em que, através da regulação estatal, induz a adoção de cautelas quando do exercício de atividades dotadas de risco.

¹ Neste sentido, algumas obras clássicas: Ronald Coase (The Problem of Social Cost – 1960); Guido Calabresi (Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts – 1961) e (The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis – 1970); Richard Posner (A Theory of Negligence – 1972), (Economic Analysis of Law – 1973) e, em coautoria com William Landes (The Positive Theory of Tort Law – 1981)

² Tradução livre: “Economic analysis is an *ex ante* analysis, whereas the legal perspective is an *ex post* analysis. When they assess an instance of damages, economists are not primarily interested in the incident that has already occurred, but in those that might arise in the future. They are concerned with the precedent effect of the Law”.

Sob esta ótica, inclusive, Guido Calabresi (1984, p. 107-118) elaborou severas críticas ao modelo de responsabilidade civil fundado na culpa. Pautado sobre uma racionalidade econômica preventiva, voltada à identificação de quem poderia evitar os danos a um menor custo, preconizou a adoção de regras simples e diretas, concebidas a partir da concepção de menor custo de prevenção (princípio do *cheapest cost avoider*), a partir das quais a responsabilidade deveria recair sempre, independentemente do aspecto volitivo, sobre aquele que poderia ter evitado o acidente a custos menores.

Se a responsabilidade civil tinha em seu paradigma clássico a finalidade precípua de realizar a compensação de danos, sob a tutela da análise econômica tem ela o escopo da eficiência social, na qual se verifica a capacidade do sistema de incentivos, de si decorrentes, em induzir os indivíduos a manterem condutas não geradoras de danos, inclusive através do mecanismo de internalização de externalidades: “os danos ambiental e pessoal são evitados quando o legislador impõe ao exercente da atividade o custo de prevenir danos que recaem sobre terceiros, com o que a externalidade desaparece transformando-se em internalidade. É essa uma forma de promover a internalização da externalidade, em que se procura causar menos danos a terceiros” (SZTAJN, 2005, p. 250).

A partir dessa racionalidade, tem-se que a internalização do princípio da prevenção deve ser compreendida como natural e imprescindível para atender aos reclamos de adequada e efetiva tutela dos direitos e garantias constitucionais. Afinal, tendo em vista a possibilidade de lesão a direitos essenciais e extrapatrimoniais, pela própria natureza que lhes caracteriza, “na verdade muito pouco ou de nada adianta verificar todas as possibilidades de ressarcimento” (VENTURI, 2012, p. 132).

A internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil, motivada pela racionalidade econômica que move os agentes inseridos na vida social, se coaduna, inclusive, com a nova ordem axiológica do direito privado, na qual a dogmática tradicional pautada no aspecto patrimonial vem sendo paulatinamente substituída pela humanização e repersonalização do indivíduo³.

³ Sobre a temática, Luiz Edson Fachin (2003, p. 231-232) enfatiza que “a ‘repersonalização’ tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”. A repersonalização recoloca o “indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial”.

A partir de uma visão ética da responsabilidade, originalmente suscitada por Max Weber⁴, a compreensão sobre o que seria “ser responsável” sofre uma ruptura, propiciando a construção de um renovado instituto jurídico comprometido com a proteção dos valores existenciais do ser humano da atualidade e do futuro (VENTURI, 2012, p. 148).

Neste contexto, levando-se em conta que os processos de revisão dos institutos jurídicos estão inseridos em um determinado momento histórico, bem como que o modelo de mera solução pela indenização dos danos suportados pelas vítimas já não atende à tutela efetiva dos direitos contemporâneos, se faz necessário buscar, no intuito de aperfeiçoamento daquilo que já está consolidado, quais foram as eventuais soluções alcançadas em diferentes ordenamentos jurídicos.

Desta forma, tendo em vista as premissas aqui alicerçadas, acerca da nova ordem axiológica do direito privado e da racionalidade econômica preventiva trazida pelo instrumental teórico da *Law and Economics*, se mostra imprescindível a abordagem, a partir de uma perspectiva de Direito Comparado, de uma possível solução trazida pelo Direito Estadunidense: *os punitive damages*.

3. OS PUNITIVE DAMAGES COMO INSTRUMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO

Apesar de teorizado já na primeira metade do século XX (MORRIS, 1931, p. 1173-1209), o instituto dos *punitive damages* somente passou a ter ampla aceitação nos tribunais estadunidenses após a década de 70, quando passou a ser considerado como uma resposta adequada aos danos decorrentes de acidentes de consumo – *products liability* – em uma sociedade massificada.

Como forma de dano moral, os danos punitivos, em tradução singela para o português, passaram a ser utilizados complementarmente ao caráter ressarcitório da responsabilidade civil tradicional, no intuito de não somente restabelecer o *status quo* anterior ao ilícito, como também promover, diante da complexidade das relações de massa envolvendo a cadeia produtiva contemporânea, a não ocorrência de novos danos.

⁴ Para Weber (1993, p. 113), o “partidário da ética da responsabilidade, (...) entenderá que não pode lançar a ombros alheios as consequências previsíveis de suas próprias ações. Dirá portanto, “essas consequências são imputáveis à minha própria ação”.

Neste sentido, e em consonância com o princípio do *cheapest cost avoider* e a racionalidade econômica preventiva da qual tratou Guido Calabresi (1984), se mostra imprescindível que o agente econômico sempre tenha um comportamento que atenda a padrões legais de controle de conduta, ou seja, jamais aja de forma negligente, aquém da sua responsabilidade como fornecedor de produtos a um mercado difuso.

Portanto, após a investigação sobre a ocorrência e extensão dos danos gerados pelo acidente de consumo, se faz necessário perquirir sobre o comportamento institucional adotado pelo fornecedor antes do ilícito, se de acordo ou não com os padrões de conduta preventiva. Sobre esta sistemática, vale o escólio de George L. Priest:

Para estabelecer a responsabilidade do réu, o autor deverá apresentar evidências demonstrando (1) que sofreu algum dano; (2) que o réu causou o dano ao autor; e (3) que, ao causar o dano, o réu violou algum comando jurídico que controla a conduta de uma sociedade. Padrões jurídicos controlando condutas são diferentes de acordo com o contexto fático do caso, ainda que todos compartilhem a ideia de que existe um nível de cuidado que o réu deve tomar para prevenir danos e que foram ignorados no caso em mãos.⁵ (2008 apud SUNSTEIN, 2008, p. 09)

Feito isto, e caso identificado um comportamento anômalo por parte do agente econômico, segundo a ideia de que foram descumpridas regras de prevenção à ocorrência de ilícitos, seria necessário aplicar uma penalidade (*punitive damages*) capaz não apenas de garantir senso de satisfação e justiça ao indivíduo e à própria sociedade (SHAPO, 1999, p. 360), mas também, e prioritariamente, de transformar a estrutura institucional do infrator, de forma a propiciar o incentivo necessário à internalização das externalidades.

Por esta razão, e tendo em vista a amplitude do mercado contemporâneo, globalizado, bem como das respectivas redes produtivas, as condenações destes agentes econômicos infratores transcendem a valores bilionários, evidenciando, destarte, seu caráter pedagógico-punitivo, no sentido de incentivar uma efetiva mudança de comportamento.

Nas últimas duas décadas nosso país tem experienciado um [...] aumento na incidência e magnitude das decisões conferidas por júris em litigações civis por *punitive damages*. Talvez o exemplo mais extraordinário seja a condenação em 144,8 bilhões de dólares, de Julho de 2000, em uma *class*

⁵ Tradução livre de: “To establish the defendant’s liability, the plaintiff must present evidence showing (1) that the plaintiff has suffered some harm; (2) that the defendant caused the harm to the plaintiff; and (3) that, in causing the harm, the defendant violated some legal standard controlling conduct in the society. Legal standards controlling conduct differ according to the factual context of the case, though they all generally share the concept that there is some level of care toward preventing harms that a defendant must satisfy and that the defendant is alleged to have violated in the case at hand.”

action contra as manufactureiras de cigarros na Flórida. Mas existem muitos outros exemplos de veredíto, além da litigação contra o tabaco. Por exemplo, em Julho de 1999, um júri da Califórnia concedeu um veredíto de 4,8 bilhões de dólares (Anderson v. General Motors Corp.), e em Maio do mesmo ano um júri do Alabama, em um caso cujos danos econômicos não ultrapassavam US\$ 600,00, concedeu um veredíto por *punitive damages* de 580 milhões de dólares (Carlisle v Whirlpool Financial National Bank)⁶. (SUNSTEIN, 2008, p. 01)

Desta forma, portanto, as condenações em danos punitivos, por efetivamente criarem estímulos aos agentes econômicos infratores no sentido de atuarem de modo socialmente desejável, tem o potencial de fazer romper uma estrutura produtiva viciada, que venha a gerar danos sistemáticos aos indivíduos e às empresas que compõem mercado. Por esta perspectiva eminentemente preventiva, se vislumbra a convergência deste instituto com a já referida nova ordem axiológica do direito privado. Afinal, em um modelo que privilegia a prevenção à reparação, se privilegia, por conseguinte, a integralidade dos direitos da pessoa humana, uma vez que abrangidos aqueles cuja reparação em pecúnia, paradigma clássico da responsabilidade civil, não tem a aptidão de tutelá-los adequadamente.

4. OS PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

Nomeada no Brasil de Teoria do Desestímulo, a possibilidade ou não da adoção da indenização punitiva não é assunto pacífico na doutrina.

Apesar de haver em favor da função punitiva da indenização notórios semblantes do Direito pátrio, como Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2002, p. 134), que assevera ser o estímulo à prevenção, decorrente dos mecanismos de modificação da conduta infratora, o meio mais adequado ao cumprimento da função estatal de evitar danos à pessoa humana, há também respeitados juristas que pensam de modo contrário.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 80), catedrática da faculdade de direito da UERJ, o instituto dos danos punitivos estadunidenses merece severas críticas, sobretudo,

⁶ Tradução livre de: “Over the past two decades, our country has experienced a [...] increase in the incidence and magnitude of punitive damages verdicts rendered by juries in civil litigation. Perhaps the most extraordinary example is the July 2000 award of \$144.8 billion in the Florida class action brought against cigarette manufactures. But there are many other examples of huge verdicts beyond the tobacco litigation. For example, in July 1999 a California jury awarded a punitive damages verdict of \$4.8 billion (Anderson v. General Motors Corp.), and in May of that same year an Alabama jury, in case a in which the economic damages were alleged to equal no more than \$600, awarded a punitive damages verdict of \$580 million (Carlisle v. Whirlpool Financial National Bank)”.

pela disparidade dos julgados em relação à matéria, tendo em vista que, a princípio, a pena pecuniária em questão encontrar-se-ia em uma escala ilimitada.

Na mesma linha, o também professor da UERJ, Anderson Schreiber (2012, p. 8), aponta que a indenização punitiva não pode ser tratada como uma resposta aos atuais problemas enfrentados pela responsabilidade civil no Brasil, uma vez que a adoção de tal modelo levaria a uma nova crise, em que doutrina e jurisprudência teriam que enfrentar demandas frívolas, alicerçadas não na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou nos padrões de conduta que deveriam ser seguidos pelos agentes infratores, mas tão somente na obtenção de elevado montante indenizatório.

Evidente, portanto, que não apenas a adoção do caráter punitivo, como também o próprio estabelecimento de critérios, objetivos ou subjetivos, para a sua quantificação em uma condenação indenizatória, são pontos nevrálgicos de discussão. Por outro lado, é possível identificar, como sustentáculo comum de tais divergências, dois aspectos principais, intrinsecamente relacionados; amalgamados: a quantificação indenizatória do dano punitivo e a questão do enriquecimento sem causa de seu beneficiário.

4.1. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO PUNITIVO

Preliminarmente à problemática da quantificação do dano punitivo sob a perspectiva da análise econômica do direito, se faz necessário estabelecer os pressupostos teóricos necessários para esta reflexão, esclarecedores da amplitude discricionária que gozam os magistrados no momento da definição deste *quantum* indenizatório.

Neste sentido, conforme acentua Jules Coleman⁷ (COLEMAN, 2008, p. 08), por se pautar o sistema jurídico na concepção de que a norma está inserida num contexto complexo, onde a intenção do legislador, a prática jurídica, a letra da lei, o contexto econômico e o papel sistemático da normatividade atuam simultaneamente, sendo todos estes elementos importantes na definição da função social da norma, bem como na identificação dos princípios que guiam seu funcionamento e sua aplicação, inevitável a ampla discricionariedade atribuída aos juízes quando da subsunção do preceito legal à realidade, momento em que há a ponderação entre todos estes aspectos.

⁷ Professor de Filosofia e Jurisprudência na Universidade de Yale

Neste contexto, impende observar quais os elementos que mais diretamente influem nas normas que obrigam a reparação de danos. Segundo Coleman, podem ser tais aspectos resumidos a partir da ideia dos elementos substantivos e estruturais que compõem a responsabilidade civil (COLEMAN, 2008, p. 15). Os elementos substantivos contêm as ideias de culpa e responsabilidade (aspectos puramente normativos), enquanto os elementos estruturais manifestam-se na adjudicação caso a caso, pela ponderação discricionária do juiz – são as características específicas do caso, não necessariamente previstas literalmente na lei.

Assim sendo, portanto, percebe-se que a quantificação dos danos punitivos, pela própria estrutura da responsabilidade civil, será sempre de caráter discricionário, pois o caso concreto acaba sempre mergulhado em peculiaridades fáticas.

Desta maneira, a fim de criar critérios para redução desta discricionariedade, que nos tribunais muitas vezes acaba por se transformar em arbitrariedade, deve-se delinear um método base para a quantificação dos danos, capaz de contextualizar e mensurar os quesitos importantes para que a norma cumpra sua função. Jules Coleman, nesta linha, assevera que a primeira medida para esta construção passa pelo seguinte questionamento: “qual bem social pode ser assegurado pela imposição dos danos a uma pessoa ou a outra?” (COLEMAN, 2008, p. 16).

Para responder a este questionamento, e levando-se em conta o interesse preventivo da visão constitucional da responsabilidade civil contemporânea, deve-se considerar uma dupla função da condenação – dois bens sociais buscados. Partindo da perspectiva do lesado, a primeira função da imputação do dever de indenizar cumpre o determinado pelo princípio da justiça corretiva: “indivíduos responsáveis por danos a outros tem um dever de reparar esses danos” (COLEMAN, 2008, p. 15). Ou seja, num primeiro momento o juiz deve preocupar-se com a reparação direta e proporcional do dano. Aqui se aplicam as regras básicas determinadas pelos elementos substantivos de culpa e responsabilidade, supracitados.

Num segundo momento, a quantificação dos danos punitivos deve voltar sua atenção para a perspectiva do agente ofensor. A lei de responsabilidade civil, enquanto norma jurídica, cumpre o papel de fornecer razões para ação. Nesta direção, ensina Joseph Raz (RAZ, 2011) que as normas jurídicas buscam guiar o comportamento de um agente de acordo com o conteúdo prescritivo. Para tanto, a normatividade pode, e vai, na maioria dos casos, utilizar-se de sanções em pecúnia ou outros bens jurídicos. Guiar o comportamento, porém, não é o

suficiente para dar efetividade a norma. Faz-se necessário que a norma forneça razões para agir de fato conclusivas:

Nós podemos estipular, portanto, que ser guiado por uma regra requer apenas que o agente considere a existência desta regra como uma razão para agir não necessariamente conclusiva, mas seguir uma regra requer tanto ser guiado por ela, assim como agir consistentemente com suas prescrições. Razões não absolutas para agir são comumente chamadas de razões *prima facie*, sugerindo, pelo uso da terminologia dos advogados, que elas podem ser sopesadas ou anuladas por razões particularmente exigentes e inclinadas à direção oposta.⁸ (SCHAUER, 1993, p. 113)

Considerando o caso específico das leis de responsabilidade civil, fica claro que o ordenamento busca fornecer razões conclusivas para a ação através da função pedagógica da condenação em danos punitivos, que seria hábil a inibir a repetição do ilícito por parte do infrator. Esta é a segunda função da pena, que busca beneficiar a coletividade e não apenas a vítima.

Assim, já estabelecemos que o dano punitivo tem o dever de ressarcir o ofendido (princípio da justiça corretiva) e de fornecer razões para ação de acordo com o objetivo da lei por parte do ofensor. A pergunta que se deve fazer agora é: como fazer com que a norma torne-se de fato efetiva e internalizada para o agente? Como evitar que a norma meramente “oriente” a ação do agente? Aqui a análise econômica nos serve enquanto mecanismo de ponderação.

Se num primeiro momento o juiz deverá considerar apenas os danos ocorridos, a partir dos elementos substantivos das leis de responsabilidade civil, num segundo ponto o juiz deverá considerar a situação econômica do agente ofensor e os custos que teriam sido necessários para evitar o ilícito – se for cabível no caso concreto. Basicamente, a condenação, no que se refere ao seu caráter pedagógico, não pode ser tão baixa que transforme a norma aplicada em mera orientação de conduta – ao invés de efetivá-la em razão concreta para agir – e nem pode ser tão alta que transcenda seu caráter educativo. Como regra, a condenação deve ser alta o suficiente para ultrapassar o custo pressuposto para a prevenção do ilícito, em primeiro lugar, e também deve estar de acordo proporcionalmente com a riqueza do agente ofensor, para que não se torne mera condenação simbólica. Como bem explica Thaís Venturi:

⁸ Tradução livre de: “We can stipulate, therefore, in what seems to follow ordinary usage, that to be guided by a rule requires only that the agent take the existence of a rule as a not-necessarily-conclusive reason for action, but that to follow a rule requires both being guided by the rule and acting consistent with (complying with) its indications. (...) Non-absolute reasons for action are commonly referred to as *prima facie* reasons, suggesting, by this use of lawyer’s terminology, that they might be outweighed or overridden by particularly exigent reasons inclining in the opposite direction.”.

Como verificado, seja no âmbito do campo da responsabilidade negocial, seja no campo das relações extracontratuais, o emprego do mecanismo das multas civis pode representar poderoso instrumento dissuasório, capaz de, quando menos, impactar a tomada de decisões por parte dos possíveis agressores, seja no âmbito das relações privadas, seja, sobretudo, no que diz respeito à prevenção contra riscos concretos de danos e cautela contra riscos que, apesar de abstratos ou incertos, podem acarretar danos gravíssimos e irreversíveis à sociedade (VENTURI, 2012, p. 286).

Levando-se em consideração as funções aqui definidas para o dano pedagógico-punitivo – as perspectivas do ofendido e do ofensor – no contexto geral do caso concreto, analisando tanto a situação econômica das partes, quanto os custos para a prevenção do ilícito, tem-se um método eficaz para a quantificação da condenação.

4.2. A QUESTÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

O ponto sobre o enriquecimento injustificado suscita relevantes controvérsias, pois a adoção dos danos punitivos pelo ordenamento pátrio pressupõe condenações de elevada monta financeira. Neste sentido, pode a adoção dos danos punitivos conflitar com os dispositivos 884 e seguintes do Código Civil de 2002, que definem parâmetros de enriquecimento considerados ilícitos ou sem causa. Seria indevido aquele enriquecimento que extrapola os limites do razoável, a partir da análise da relação jurídica base, de forma a considerar a quantia que uma parte recebeu e o que a outra perdeu sob uma perspectiva patrimonial.

Para Wesley de Oliveira Louzada, tendo em vista que o ofendido receberia por uma penalidade que interessa a toda sociedade, evidenciando a falta de causa para o aumento patrimonial do indivíduo, não haveria como se pretender a aplicação dos danos punitivos no Brasil sem que o enriquecimento ilícito restasse caracterizado:

Finalmente, há um aspecto de ordem moral: a entrega à vítima de soma que excede os danos por ela sofridos consistiria em claro enriquecimento ilícito de sua parte, eis que estaria se beneficiando de uma penalidade/desestímulo ao causador que interessa, em tese, não somente a ela, mas a toda sociedade. (LOUZADA, 2005, p. 177)

Por outro lado, Maria Cândida do Amaral Kroetz (2005, p. 75) e Carlos Eduardo Pianovski (2002, p. 148) defendem a tese de que o enriquecimento nesse tipo de ação não é

sem causa, pois houve o dano de fato⁹. Pianovski adverte, porém, que o enriquecimento pode ser indevido se a condenação extrapolar os limites do razoável.

Alguns autores, por outro lado, optaram por desconsiderar essa discussão sobre a existência ou não de causalidade e defender a tese de que a função pedagógica da condenação por *punitive damages* é mais importante do que a aplicação da regra do enriquecimento sem causa. Tal enriquecimento seria um mal necessário em função de um bem maior. Nesta direção, é o escólio de André Gustavo Corrêa de Andrade:

De todo modo, os benefícios buscados pela indenização punitiva – punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes tanto do ofensor quanto de terceiros – transcendem em muito a circunstância de a vítima vir a obter um valor superior ao que normalmente lhe seria destinado como compensação do dano. Com efeito, as vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para vítima. Nesta perspectiva, essa consequência seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência. (ANDRADE, 2003, p. 230)

Essa ponderação parece a mais adequada, tendo em vista as premissas já estabelecidas quando da abordagem da função preventiva da responsabilidade civil a partir de uma perspectiva econômica. Todavia, cabe ainda mencionar uma nova alternativa, alicerçada não mais na construção jurisprudencial, mas na possibilidade de aplicação dos danos punitivos a partir da vertente legislativa, ou seja, de *lege ferenda*¹⁰. Thaís Venturi expõe a possibilidade de remessa dos valores excedentes ao dano individual, aqueles arbitrados a título pedagógico-punitivo e exteriorizados como *multas civis*¹¹, aos Fundos previstos na Lei n. 7.347/85 (Lei de ação civil pública), considerando o interesse de natureza coletiva que fundamenta a punição.

⁹ Segundo os referidos autores, os pressupostos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são distintos, uma vez que quando invocada a responsabilidade civil, houve dano, e, existindo o dano, o enriquecimento possui uma causa, ao que se soma o dever de considerar a existência da ilicitude por parte daquele que foi condenado a reparar os danos.

¹⁰ A despeito da possibilidade de discussão acerca de em que medida o sistema brasileiro de ações coletivas, sobretudo por conta da previsão dos Fundos Reparatórios, já não estaria viabilizando aos magistrados a fixação de condenações punitivas autônomas, é imperioso destacar que tais Fundos são regidos por regras de Direito Público, sobre o qual a incidência do princípio da legalidade estrita é proeminente. Neste sentido, não havendo previsão legal que viabilize a destinação a estes Fundos dos valores relativos às condenações punitivas em demandas individuais, é temerário o entendimento que autoriza ao magistrado, *lege lata*, realizar tal diligência.

¹¹ Como explica Thaís Venturi (2012, p. 277-278), o mecanismo das multas pode servir a uma pluralidade de funções, dentre as quais, a preventiva, pois além de configurar a sanção (punição) pelo descumprimento de deveres ou obrigações contratuais e extracontratuais, a multa pode constituir também técnica inibitória dirigida a não violação dos direitos, mediante coerção para o cumprimento efetivo e tempestivo dos deveres e obrigações, podendo derivar, assim da infração da lei (legal), de um contrato (convencional) ou de uma decisão judicial (astraintes).

Por isso mesmo, preconiza-se, de *lege ferenda*, a previsão da incidência de multas civis, aplicáveis por via das ações de responsabilidade civil, individual ou coletivamente ajuizadas, pelas quais se passaria a autorizar expressamente o Poder Judiciário a, em aferindo motivo razoável para repreender graves e injustificáveis violações de direitos essenciais, inerentes à personalidade e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, punir os infratores com pena pecuniária, independente da reparação de eventuais danos constatados, suficiente para punir a conduta e ao mesmo tempo para imprimir prevenção contra a continuação ou a reiteração da infração. (VENTURI, 2012, p. 286)

Posto isto, e tendo em vista que a concepção acima referida, acerca da aplicação de multas civis destinadas aos Fundos Reparatórios, ainda precisa ser regulamentada em lei, até mesmo pela aproximação desta abordagem com o Direito Público e seus princípios maiores, dentre os quais se destaca o da legalidade, necessário se faz a abordagem de como a jurisprudência tem se pautado em relação aos fundamentos trazidos pela doutrina.

5. OS PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL E O POSICIONAMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A despeito das divagações e conflitos teóricos protagonizados pela doutrina pátria sobre a possibilidade da incorporação ao Direito brasileiro dos danos punitivos, ou de como tal instituto seria instrumentalizado de acordo com as limitações impostas pela própria legislação, não cabe ao Judiciário aguardar consensos ou as leis que venham a garantir as adequações necessárias.

Quando o conflito social transcende ao campo jurídico, recai sobre o magistrado, imbuído na função de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, a tarefa de apreciar as controvérsias doutrinárias e decidir sobre como, e se, serão aplicados os danos punitivos no caso concreto, criando a norma jurídica a partir de sua interpretação (KELSEN, 1990, p. 165).

Portanto, tendo em vista a relevância do papel do Judiciário na construção e aperfeiçoamento dos novos institutos jurídicos, frutos de uma dinâmica social ainda não bem apreendida e/ou compreendida pelos operadores do Direito, mostra-se imprescindível que se desvele o atual entendimento dos tribunais superiores brasileiros acerca da aplicabilidade dos danos punitivos à realidade do país.

Posto isto, e levando-se em conta que matéria ainda não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal – STF –, até mesmo em decorrência da sistemática restritiva de

admissão de recursos extraordinários, notadamente relacionada ao quesito da repercussão geral¹² e da impossibilidade de reapreciação fático-probatória¹³, tem-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ – acerca da teoria dos *punitive damages* é o principal delineador da perspectiva jurisprudencial da matéria¹⁴.

Por esta razão, apesar de ainda não ter se manifestado em sede de recurso repetitivo, ou através de uma súmula que trate do assunto, é de grande relevância para o ordenamento brasileiro o já fortalecido conjunto de julgados do STJ que indicam a adoção dos danos punitivos no sentido de desestímulo à conduta geradora do ilícito.

Discussão relativa à adequação dos critérios utilizados para fixar a indenização devida, em razão da utilização ilegítima de softwares desenvolvidos pela recorrente. Conforme consignei no REsp 1.136.676/RS, **a mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas.**

A mesma orientação foi consagrada no REsp 740.780/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 13.11.2006, que assinalou: [...]somente a cobrança do valor dos softwares, utilizados ou apenas instalados, poderia constituir incentivo à violação dos direitos do autor, pois as empresas optariam pelo uso dos programas 'piratas' e, uma vez descobertas, pagariam o que já seria devido desde o início, pela aquisição dos programas originais, numa operação de risco em que poderiam, ou não, vir a ser reprimidas.

Diante do exposto, [...] **haja a efetiva compensação pela ofensa perpetrada, além da inibição da prática de novos ilícitos, evidenciando-se, assim, o**

¹² Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p. 565-566), “trata-se de mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, com a diferença de que não se coloca no mesmo plano daqueles requisitos elencados nas alíneas do inciso III do art. 102 da CF, pois o recorrente, a partir de agora, além de ter de fundamentar o extraordinário em uma dessas letras, terá de demonstrar a ‘repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso’. (...) A definição de ‘repercussão geral’ deverá ser construída pela interpretação do STF. Contudo, é importante que se perceba que jamais será possível ao STF delinear, em abstrato e para todos os casos, o que é questão constitucional de repercussão geral, pois essa fórmula é dependente das circunstâncias concretas – sociais e políticas – em que a questão constitucional, discutida no caso concreto, está inserida.”

¹³ Súmula 279 STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

¹⁴ A despeito da existência da Súmula 07 do STJ, cuja redação é equivalente à da Súmula 279 do STF, muitos recursos especiais que dependiam de reflexões sobre material probatório foram admitidos em razão de entendimento próprio do Superior Tribunal de Justiça, que mitiga a vedação insculpida na Súmula 07: “Consoante jurisprudência da Corte, ‘a reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial’(REsp 723147/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 24.10.2005; AgRg no REsp 757012/RJ, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 24.10.2005; REsp 683702/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 02.05.2005” (Resp STJ – Recurso Especial n. 734.451/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20.02.2006). Ainda, mais especificamente em relação ao dano moral, vale destacar trecho do RESP 879.460/AC, Quarta Turma, DJe de 26/04/2010, de lavra do Ministro Aldir Passarinho: “**A intromissão do Superior Tribunal de Justiça na revisão do dano moral somente deve ocorrer em casos em que a razoabilidade for abandonada, denotando um valor indenizatório abusivo, a ponto de implicar enriquecimento indevido, ou irrisório, a ponto de tornar inócua a compensação pela ofensa efetivamente causada**”.(grifos nossos).

caráter punitivo e pedagógico que deve ter a indenização decorrente da violação dos direitos autorais.

A quantificação da sanção [...] deve o julgador, diante do caso concreto, **utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos. Deve-se ainda atentar para que não sejam fixados valores ínfimos, incapazes de desestimular as práticas ofensivas; ou excessivos, de modo a acarretar o enriquecimento injusto do titular dos direitos violados.** (RESP 1.403.865-SP; Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe: 18/11/2013) (*Grifos nossos*)

Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, **deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.**

Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.

(RESP 1.300.187-MS; Rel. Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. DJe: 28/05/2012) (*Grifos nossos*)

Percebe-se, portanto, que a despeito da diferente nomenclatura adotada pelos Ministros, o aspecto pedagógico-punitivo na indenização por danos morais tem a equivalente finalidade dos *punitive damages*, ou seja, promover a internalização dos custos de prevenção a partir de estímulos, notadamente pecuniários, que sejam capazes de alterar a conduta do agente econômico infrator.

Todavia, ao contrário do que se consolidou na cultura jurídica estadunidense, em que se faz necessário não apenas uma condenação que incorra em mera orientação de conduta, mas que realmente forneça razões para agir de fato conclusivas, tendo como pressuposto a riqueza do agente infrator e os custos de prevenção do ilícito, no STJ acabou-se por priorizar, dentro desta ambivalência metodológica (condições do ofensor ou do ofendido) para a quantificação da indenização punitiva, a condição socioeconômica do devedor.

A jurisprudência brasileira vem se firmando, portanto, no sentido de privilegiar, quando há uma discrepância econômica entre ofendido e ofensor, a manutenção do *status quo ante*, reduzindo o papel punitivo a uma mera orientação de conduta, haja vista não constituir o valor indenizatório, sob esta perspectiva, em verdadeira razão de agir, capaz de transformar as estruturas institucionais geradoras de ilícitos.

Assim sendo, apesar de formalmente o STJ aderir ao caráter punitivo das indenizações, pautado em uma suposta mudança comportamental do ofendido, verifica-se, com fulcro nas mesmas razões expostas quando da análise econômica dos *punitive damages*, que o nominado aspecto pedagógico-punitivo, em verdade, seria apenas um valor simbólico indicativo da reprovabilidade da conduta do ofensor. Neste sentido, talvez melhor fosse chamá-lo de caráter orientativo do dano moral, pois mais de acordo com a concreta função que tem exercido.

Para evidenciar a completa ausência de real punibilidade, hábil a propiciar a internalização da prevenção por parte do agente econômico ofensor, bem como este caráter meramente orientativo da indenização por danos morais, destacam-se os seguintes julgados:

Agravante: UNIMED Paulistana Cooperativa de Trabalho

Agravado: Ramiro Antônio dos Santos Martins

No caso, o agravado propôs ação de preceito cominatório c/c indenização por danos morais contra a agravante, que se recusou a custear o seu tratamento quimioterápico, notadamente quanto ao fornecimento dos medicamentos “Raltitrexato e Oxaliplatina”. (...) **de modo que a fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta**, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

(AgRg em Resp 148.113-SP; Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe: 29/06/2012.) (*Grifos nossos*)

Agravante: R G (segredo de justiça)

Agravado: Banco Bradesco S.A.

Reconheça-se a existência de dano moral [...] **de modo que a fixação dos danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)**, e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), **cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta**, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

(AgRg em Resp 1.428.488-SP; Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe: 27/05/2014.) (*Grifos nossos*)

Nos casos acima, em que os agentes econômicos ofensores são sociedades de grande porte, ambas com faturamento superior a um bilhão de reais, não se pode crer que a condenação em valores inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) tenha qualquer funcionalidade punitiva. Diante da mega estrutura institucional de ambas, uma condenação em valores irrisórios, mesmo que superior ao dano gerado, não tem, de forma alguma, capacidade de estimular uma mudança na conduta ilícita dos infratores.

Ainda, tendo em vista a criação pelo STJ, em 2009, de tabela para danos morais¹⁵, onde se indica de forma padronizada o valor de indenização correspondente para cada ilícito, parece haver, por parte dos Ministros, um afastamento ainda maior da natureza punitiva do dano moral.

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Afinal, apesar de constar das razões veiculadas quando de sua publicação o sopesamento do caráter pedagógico-punitivo, da questão do enriquecimento ilícito, da equidade e da justiça, é evidente, a partir da concepção de que o aspecto punitivo tem por finalidade criar incentivos concretos para que o agente infrator internalize os custos de prevenção, que qualquer tipo de tabelamento afasta a análise sobre qual montante indenizatório seria necessário para tanto, uma vez que deixa de considerar a magnitude e as demais peculiaridades da atividade econômica desenvolvida por aquele que gerou o ilícito civil.

Portanto, por todo o exposto, depreende-se a tendência do Superior Tribunal de Justiça em considerar, para a aplicação da indenização por danos morais, o aspecto chamado

¹⁵ Tabela disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679. Acesso em: 21/03/2015.

de “pedagógico-punitivo”. Todavia, pela maneira como vem se consolidando na jurisprudência desta Corte, apesar do indicativo relativo ao desestímulo à conduta ilícita do agente econômico infrator, sempre citado nos julgados onde há sua aplicação, a verdadeira natureza do caráter punitivo adotado por este tribunal é de mera orientação de conduta, indicativa da reprovabilidade do comportamento gerador do ilícito.

6. CONCLUSÃO

Como se demonstrou, a responsabilidade civil possui uma dupla função no ordenamento jurídico. Se por um lado atua como justiça corretiva, no sentido de ressarcir a vítima pelo dano, por outro, atua como “razão para agir” e, por isso, volta-se para a defesa da coletividade. A aplicação dos danos morais pedagógico-punitivos, no Brasil, não vem cumprindo – ou cumpre mal – esta segunda função da responsabilidade civil. De fato, como ficou demonstrado, a preocupação excessiva em relação à questão do enriquecimento ilícito impõe a total extirpação do efeito pedagógico da pena em casos onde o agente ofensor possui um patrimônio vastamente superior ao da vítima.

Numa sociedade altamente monetizada, a punição econômica deve considerar o potencial econômico do agente ofensor ao arbitrar danos, sob o risco de perda de sua eficácia jurídica. Não se podem extirpar as considerações econômicas da análise dos institutos jurídicos. Para que a responsabilidade civil seja eficaz em sua dupla função, onde restem protegidos os direitos do indivíduo, tanto quanto os da coletividade, necessário se faz levar a análise econômica mais a sério.

Neste sentido, a adoção dos *punitive damages* apresenta-se como uma solução viável e necessária dos pontos de vista normativo e econômico. O privilégio em relação ao caráter punitivo-pedagógico em detrimento de aspectos relativos ao enriquecimento ilícito mostra-se indispensável para que a responsabilidade civil contemporânea alcance sua finalidade última de prevenção de ilícitos. Apesar da possibilidade mais equilibrada para sua inserção no ordenamento brasileiro ter por supedâneo a necessidade de produção legislativa, relativamente ao ponto de criação de multas civis e a destinação destes recursos a fundos públicos, urge, para sua imediata aplicação, que os tribunais pátrios, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, tenham uma postura mais ativa, a partir da qual o caráter meramente orientativo da indenização civil seja substituído por uma efetiva condenação punitiva do infrator, construída a partir de elementos e critérios econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Gustavo Corrêa de. **Dano moral e a indenização punitiva**. 281 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.
- ATAÍDE JUNIOR. **Processo Civil Pragmático**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2013.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and law of torts. *In: Yale Law Journal*, v.70, n.º 4, 1961. pp. 499-553.
- CALABRESI, Guido. **El Coste de Los Accidentes: Análisis econômico y jurídico de la responsabilidad civil**. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. *Journal of Law and Economics*. 1960.
- COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAROUPA, Nuno. **Combinar a Economia e o Direito**. A análise econômica do direito. 2009. Disponível em: http://www.academia.edu/2824965/Combinar_a_economia_eo_direito_a_an%C3%A1lise_econ%C3%B4mica_do_direito. Acesso em: 21/03/2015.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. *In: Law and Philosophy Library*, vol. 84. New York: Springer, 2009. pp. 01-206.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORRIS, Clarence. Punitive Damages in Tort Cases. *In: Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8, 1931. pp. 339-377.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 1973.

_____. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Theory of Negligence**. *Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 29-96, 1972.

_____.; LANDES, William M.. The Positive Economic Theory of Tort Law. In: **Georgia Law Review**, vol. 15, 1980. pp. 851-924.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2a edição. New York: Oxford University Press Inc., 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. pp. 127-165.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in Life**. New York: Oxford University Press Inc., 1993.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.... [et. al.]. **Punitive Damages: how juries decide**. University of Chicago Press. 2008.

SHAPO, Marshall. **Basic principles of tort Law**. St. Paul: West Group, 1999

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito Privado**, vol. 22, 2005. pp. 250-276.

VENTURI, Thaís G. P. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2012.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octávio Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 1993.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Campus. 2005.