

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

**CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA**

**RENATA ALBUQUERQUE LIMA**

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**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

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



**CONPEDI**

Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito

# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

---

### **Apresentação**

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve análise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizando-o como instrumento de transformação social. Já Ilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

# UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA SOBRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

## A CONSTRUCTIVE INTERPRETATION ABOUT PUNITIVE DAMAGES

**Murilo Ramalho Procópio** <sup>1</sup>

**Fernanda Teixeira Saches** <sup>2</sup>

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da indenização punitiva a partir do referencial teórico do Direito Como Integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin. Neste sentido, serão abordadas algumas tendências relacionadas à responsabilidade civil no Direito Brasileiro, entre elas, a utilização comum da indenização punitiva. A partir desta construção e do aprofundamento do marco teórico, pretende-se analisar se os argumentos possíveis para a defesa da indenização punitiva se enquadram em uma perspectiva íntegra do Direito.

**Palavras-chave:** Direito como integridade, Indenização punitiva, Interpretação construtiva

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present article aims to analyze the institute of punitive damages from the theoretical framework of Law as Integrity, developed by Ronald Dworkin. In this sense, we shall discuss some trends related to civil responsibility in Brazilian's Law, including the common use of punitive damages. From this building and based on the deepening of the theoretical basis, we intend to analyze whether the possible arguments for the defense of punitive damages fall on a perspective of Law as Integrity.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Law as integrity, Punitive damages, Constructive interpretation

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela PUC-Rio. Professor de Direito Empresarial na UFJF Campus-GV.

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito Processual pela UFJF. Professora substituta de Direito Civil da UFJF Campus GV.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da indenização punitiva tem sido objeto de diversas considerações na produção teórica civilista brasileira, que se divide entre posicionamentos contrários e favoráveis à sua aplicação pelos tribunais do país. Com origem no sistema jurídico americano do *common law*, a absorção do instituto em questão em nosso próprio sistema vem sendo fundamentada por diversos argumentos relacionados à necessidade de adequação da responsabilidade civil à realidade social, às consequências favoráveis da adoção de um modelo punitivo do ponto de vista prático, bem como à promoção de objetivos e direitos garantidos constitucionalmente. Sobre estas categorias de argumentos, por sua vez, pode-se dizer que são utilizadas tanto para a defesa quanto para a condenação do instituto em tela.

Conforme já abordado por importantes autores da Teoria do Direito, as divergências relacionadas às soluções dos casos jurídicos muitas vezes são consequências de divergências anteriores aos próprios casos, fundadas nas diversas visões existentes sobre o objeto do Direito e sobre o papel do jurista. Neste contexto, ao tomarmos como objeto do presente trabalho a aplicação da indenização punitiva na realidade brasileira, consideramos oportuna a realização de uma pesquisa teórica que investigue, primeiramente, a natureza dos argumentos utilizados pelos diversos posicionamentos já abordados a respeito do tema. Pretende-se, com isso, estabelecer parâmetros mínimos de comparação entre os diversos tipos de argumentos, para a fim de analisá-los segundo uma lógica interpretativa comum, aplicável sob um recorte teórico previamente delimitado.

Diante destas considerações, adota-se como referencial teórico a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. Sua utilização se justifica na medida em que a referida teoria, ao estabelecer as bases de conexão do Direito com a Moral a partir de instrumentos seguros de análise por parte do jurista, permite chegar a respostas adequadas para casos jurídicos concretos, assegurando que a solução adotada esteja de acordo com as fontes jurídicas relacionadas ao sistema jurídico de partida, sem perder de vista o objetivo de melhorar o Direito dentro de parâmetros legítimos (DWORKIN, 2003).

É importante ressaltar, todavia, que a adoção do mencionado referencial será feita mediante a adequação da teoria dworkiniana ao sistema jurídico brasileiro, com necessárias adaptações relacionadas ao peso das fontes normativas e ao próprio conteúdo das normas que regulam a questão. Não obstante, consideramos plenamente aplicáveis os pressupostos

teóricos relacionados à atividade do intérprete jurídico segundo a visão do autor, a qual, contrapondo-se às visões utilitaristas e convencionalistas do Direito, permite distinguir a natureza dos argumentos utilizados para a solução de um problema jurídico e selecionar somente àqueles que fornecem critérios seguros de utilização para uma situação específica.

Diante do exposto, organiza-se o presente trabalho a partir da descrição do objeto de análise, mediante a descrição das algumas tendências da responsabilidade civil apontadas pela doutrina e da caracterização da indenização punitiva como uma de tais tendências. Em seguida, serão abordados os argumentos produzidos por autores brasileiros em relação à aplicação do instituto no Brasil, a fim de que possamos identificar quais destes argumentos podem ser analisados segundo uma perspectiva íntegra do Direito. Após a apresentação de tais argumentos, prossegue-se ao aprofundamento do marco teórico e de sua utilização para análise do presente objeto de estudo, obtendo-se, por fim, um posicionamento próprio a respeito do tema.

## **2 AS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Os caminhos percorridos pelo instituto da responsabilidade civil no Brasil ao longo dos anos demonstram uma adaptação da doutrina, da jurisprudência e da própria legislação no sentido de conferir maior efetividade das decisões judiciais indenizatórias, traduzindo-se na utilização do direito, e, por reflexo, da indenização, como um instrumento de promoção de justiça e de reconfiguração das relações sociais. Influenciadas, em certa medida, pelas transformações obtidas no próprio campo da Teoria do Direito<sup>1</sup>, as adaptações mencionadas são manifestadas em diversos exemplos concretos, que indicam, ao menos, algumas tendências<sup>2</sup> relativas à doutrina da responsabilidade civil.

Sobre o trabalho que melhor apresentou as tendências em questão na doutrina brasileira, não há como deixar de apontar o artigo de Anderson Schreiber, que as descreveu em cinco:

---

1 Destaca-se, sobre este aspecto, a relevância assumida pelas correntes pós-positivistas, ao estabelecerem a necessidade de se refletir moralmente na atividade de interpretação jurídica, a partir dos princípios constitucionais.

2 O conceito de tendência utilizado neste artigo se aproxima da ideia de rumo ou probabilidade de ocorrência de fatos que prometem certa durabilidade ao longo do tempo.

i) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; ii) a coletivização das ações de responsabilização; iii) a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção; iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; v) a perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos (SCHREIBER, 2005, p. 47)

No que pertine à primeira tendência mencionada – a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil – o autor aponta a crescente desnecessidade de comprovação da culpa e do nexos causal em julgamentos concretos. Segundo o mesmo, o início da tendência em questão ocorreu com a tentativa de superação das chamadas “provas diabólicas”<sup>3</sup>, também podendo ser mencionado o “maquinismo industrial” e as relações de indenização que daí decorrem. Estes fenômenos expuseram a vulnerabilidade da vítima e a dificuldade de se obter uma resposta judicial adequada para uma violação de direito causadora de dano, devido às circunstâncias fáticas de cumprimento das regras estabelecidas pela forma jurídica (SCHREIBER, 2005, p. 48). Neste contexto, em que pese a existência do instituto relacionado à inversão do ônus da prova nas relações de consumo como forma de superação do desequilíbrio da distribuição do ônus probatório, alguns autores do Direito Civil tendem a defender a presunção do nexos causal em substituição à necessidade de comprovação do mesmo (MULHOLLAND, 2009).

Como segunda tendência da responsabilidade civil apontada por Schreiber, observa-se a coletivização das ações indenizatórias. O autor expõe o caráter recente da tendência em questão, embora sua previsão legal decorra de períodos bastante anteriores. A coletivização é vista, sob o seu entendimento, como uma das formas jurídicas de superação das dificuldades atinentes à completa (ou mais próxima da total) reparação social dos danos, assim como no caso da erosão dos filtros tradicionais. Sua aplicação encontra eco principalmente nas ações de reparação civil por danos ambientais.

A terceira tendência mencionada diz respeito à expansão dos danos ressarcíveis (SCHREIBER, 2005, p. 47). Trata-se de um fato relacionado ao incremento dos próprios interesses tuteláveis pelo Direito, e, por conseguinte, do surgimento de novos “bens jurídicos”. A transformação dos interesses tuteláveis, por sua vez, segue as modificações históricas e estruturais das diversas sociedades ao longo do tempo. A privacidade, por exemplo, é apontada como um bem jurídico que passou a ser objeto de indenização quando violada com o advento da época moderna, e da respectiva separação entre espaço público e privado, algo inexistente em outras épocas. Assim como a privacidade, outros bens somente

---

3 Provas de difícil ou impossível comprovação.

se tornaram passíveis de indenização quando violados de acordo com transformações sociais correspondentes, como a integridade psicofísica, por exemplo, concepção surgida a partir de certo acúmulo teórico e no próprio tecido social a respeito da mente e só subconsciente.

Por fim, destacam-se as tendências complementares relacionadas à despatrimonialização da reparação e da perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio jurídico adequado à reparação (SCHREIBER, 2005, p. 47). O fenômeno da despatrimonialização estaria relacionado, sobretudo, com um caráter moral da sociedade cristã, que condena a reparação monetária de bens jurídicos que em nada se relacionariam com o dinheiro, como no caso da indenização extrapatrimonial. Também se relaciona com a dificuldade encontrada pelos tribunais em achar a correta proporção entre o valor da indenização pecuniária e o dano sofrido. Dessa forma, recorre-se a outros remédios jurídicos para a reparação do dano. O direito de resposta, por exemplo, pode ser apontado como uma das formas de reparação não-indenizatórias, capazes de oferecer uma solução muito mais adequada do que a indenização, como nos casos de violação de direitos da personalidade como a honra ou a imagem, por exemplo.

A partir do exposto, é possível dizer que as tendências mencionadas se apresentam na realidade brasileira como respostas jurídicas desenvolvidas e adaptadas para o reajuste de conflitos sociais mutáveis. Em sua grande maioria, decorrem da importação de teorias desenvolvidas em países estrangeiros, tendo sido aplicadas em casos concretos sem a correspondente transformação legislativa em nosso sistema jurídico. Esta mesma necessidade de adequação social tem sido comumente invocada para a aplicação do instituto da indenização punitiva, também chamado por parte da doutrina de “punitive damages”. A utilização do referido instituto no direito brasileiro já foi objeto de diferentes considerações por diversos autores da doutrina civilista, tendo inclusive ganhado inúmeros adeptos em relação à sua aplicação nas indenizações por dano moral. Neste contexto, faz-se necessário introduzir a concepção de “punitive damages”, analisando os aspectos pragmáticos e teóricos de sua aplicação, bem como a possibilidade de considerá-la como uma tendência da jurisprudência brasileira.

### **3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO TENDÊNCIA**

O instituto da indenização punitiva, conforme afirmam Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2004), Judith Martins Costa e Mariana Pargendler (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005), tem origem no sistema de *common law* do direito anglo-saxão, tendo sido utilizado como um critério de fixação de indenizações extrapatrimoniais que ultrapassasse de forma significativa a adoção de um valor meramente compensatório, justamente na intenção política de conferir à sanção as finalidades retributiva e desestimuladora de condutas. Assim com as demais tendências já mencionadas nesse artigo, a indenização punitiva surge como uma adequação do Direito às transformações ocorridas nas relações sociais.

A introdução do instituto da indenização punitiva no Brasil, conforme tratado por Fátia Portella Puschel (PUSCHEL, 2007), ocorreu a partir de um reconhecimento, por parte da doutrina antiga, e da jurisprudência pátria, no sentido de que a indenização possuía não só a finalidade de restaurar um status quo, mas também punir o ofensor do dano, no caso de indenizações por dano moral. Esta concepção, de certa forma, se choca com um dos pressupostos mais antigos em relação à separação entre o Direito Público e Direito Privado e, conseqüentemente, às características da sanção na esfera penal e na esfera civil. Sobre esta divisão, costuma-se entender que o primeiro se volta para a reparação/compensação do dano (princípio da restituição), enquanto o segundo estaria relacionado com a punição da vítima e/ou com o caráter desestimulador da conduta do ofensor, seja em razão dele próprio ou da sociedade como um todo. Este entendimento é reforçado pelo disposto no art. 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização é calculada de acordo com a extensão do dano, podendo, no máximo, ser reduzida de acordo com o previsto em seu parágrafo único,

Sobre esta característica da reparação civil no Direito Brasileiro, todavia, Nelson Rosenvald ressalta a existência das penas civis, que coexistem com a reparação em nosso sistema civilista e têm a ideia da punição como um fundamento primário da sanção civil. Já a reparação, segundo o autor, têm a punição como aspecto secundário, sendo a compensação ou o retorno ao estado de coisas anterior o fundamento primário desta forma de sanção (ROSENVALD, 2013. p. 43). Não haveria, portanto, uma incompatibilidade *a priori* da função punitiva nas indenizações com o próprio sistema civilista brasileiro, segundo o autor.

É certo, todavia, que nenhum dos autores brasileiros defende a aplicação irrestrita do instituto em questão. Alguns impõem como limite de sua aplicação a existência de danos sociais (LONGHI; SILVA, 2014), embora diverjam em relação à destinação do valor

excedente à mera reparação. Outros defendem a possibilidade quando a conduta do agente extrapola os ditames da normalidade (COELHO, 2012). Há ainda os que apesar de admitirem certa justiça na indenização punitiva, condicionam a sua existência a uma transformação legislativa que a regule (MORAES, 2004). Dessa forma, embora possamos identificar no instituto da indenização punitiva uma tendência apontada pelos civilistas brasileiros, sua aplicação nunca é defendida de forma irrestrita, mas sempre amparada por determinados limites, sejam eles jurídicos, morais ou pragmáticos.

A construção de uma resposta correta acerca de um caso ou instituto jurídico, quando não ocorre por mera subsunção, é tarefa complexa e exige a fixação destes limites argumentativos a fim de que possamos estabelecer uma interpretação própria a respeito do tema. Neste sentido, algumas são as opções teóricas relativas à postura do intérprete nestes casos. No desenvolvimento deste trabalho, poderíamos voltar nossa análise para uma perspectiva predominantemente crítica, no intuito de descortinar a ideologia por trás do discurso jurídico, tal como estabelece o movimento conhecido como Estudos Jurídicos Críticos ou *Critical Legal Studies* (ALVAREZ, 2006, p. 49). Por outro lado, poderíamos estabelecer uma interpretação dentro dos limites de validade das normas do sistema jurídico, tal como a proposta positivista de Hans Kelsen (KELSEN, 2012). Outra opção seria a análise da questão a partir de elementos absolutamente estranhas à realidade normativa, como o fazem a Análise Econômica do Direito e o Utilitarismo, por exemplo (ALVAREZ, 2006, p. 48).

Entretanto, a fim de estabelecer o nosso posicionamento a respeito da indenização punitiva, abordaremos os argumentos levantados pela doutrina sob uma perspectiva de Teoria do Direito que tem como pressuposto a possibilidade de construção de respostas corretas para casos jurídicos. Uma teoria que entende o Direito como uma prática social interpretativa, que se encontra relacionada com a moral e com a necessidade de reconstrução de interpretações baseadas meramente na tradição, sem deixar de analisar os casos a partir de referenciais internos ao próprio campo de aplicação do Direito.

#### **4 O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

A teoria do direito como integridade corresponde à principal tese de Dworkin contida na obra *O Império do Direito*. Diz respeito à ideia do autor sobre o que é a ciência jurídica, caracterizando-se como uma atitude de interpretação construtiva das normas e dos fatos sociais por parte dos responsáveis por vivenciar o mundo jurídico (juízes, advogados, acadêmicos), embora sua tese se volte fundamentalmente para a atitude interpretativa dos juízes. Para construir o que entende por Integridade, Dworkin contrapõe sua visão de Direito apresentando outras duas visões: o convencionalismo e o pragmatismo.

Para o autor, o convencionalismo adotaria uma postura interpretativa que valoriza a tradição, ou seja, o sentido original das interpretações normativas obtidos antes da aplicação do Direito no caso concreto. Este sentido estaria relacionado aos precedentes – no caso de um sistema de direito consuetudinário – e nas próprias leis, no caso de um sistema civilista. O pragmatismo, por sua vez, corresponde a uma corrente que defende que a interpretação do Direito seja guiada exclusivamente pelos benefícios da decisão, o que quer dizer, ainda que esteja se desvinculando de qualquer sentido historicamente e normativamente construído sobre um determinado caso jurídico. Seus fundamentos decisórios podem ser de ordem exclusivamente política ou econômica, portanto (DWORKIN, 2003, p. 272).

A integridade no Direito, por sua vez, é contrária a ambas as iniciativas, embora incorpore determinados aspectos dos mesmos em sua formulação. Assim, uma decisão sobre um caso jurídico é de acordo com a Integridade na medida em que volta ao passado para examinar os sentidos já construídos por outros juízes, na intenção de encontrar a melhor interpretação possível, entre as diversas já existentes, construindo uma versão que seja a melhor visão possível para casos presentes, que poderão ser aproveitados por outros intérpretes no futuro. Por recorrer ao passado, aproxima-se do convencionalismo, mas por manter uma postura de enxergar a resposta mais adequada, afasta-se deste e aproxima-se, em certa medida, do pragmatismo. A decisão íntegra parte do caso presente, volta ao passado, constrói o presente novamente, e serve de parâmetro para o futuro.

O problema comum de ambas (convencionalismo e pragmatismo), é que embora sejam interpretações da melhor luz do direito, não oferecem um programa de interpretação, que ofereçam novos exames do que já foi construído. Apresentem um ponto de vista interpretativo e só, sem considerá-los em relação a outros possíveis. O problema individual de cada uma é que o convencionalismo se apega a sentidos não mais encaixados com a realidade

do direito. E o pragmatismo, ao aceitar a recusa total ao que já fora interpretado, incorpora aspectos não jurídicos (podendo não ser justos, portanto) para decidir casos difíceis.

Em contraposição às práticas interpretativas em questão, Dworkin estabelece o Direito como Integridade como uma espécie de romance em cadeia. Dessa forma, os juízes, ao decidirem, seriam equivalentes a escritores ou romancistas, que têm de continuar um romance que já começou a ser escrito por outros escritores. As interpretações possíveis para este juiz dependem do que já fora escrito até ali, mas este é relativamente livre para construir a melhor história possível a partir de então, como se o romance fosse escrito por um só autor. Não há prisão absoluta ao passado nem liberdade absoluta de construção de novos sentidos, portanto.

Mas como isso ocorreria na prática? Para Dworkin, a atividade interpretativa construtiva da Integridade depende de duas dimensões: a primeira, chamada dimensão da adequação, refere-se à atitude do intérprete de afastar os sentidos interpretativos que não podem, de maneira nenhuma, decorrer do que fora contado até ali. Um exemplo dessa dimensão: eu começo uma história dizendo que João e Maria eram crianças e irmãos que moravam em uma floresta. Um novo romancista não pode ignorar estes fatos ao construir sua história, continuando a mesma como se estes não fossem irmãos ou como se morassem na cidade, por exemplo.

A segunda dimensão, chamada de justificação, refere-se à atitude de demonstrar o porquê da escolha de uma ou mais interpretação adequada para o caso concreto. Neste caso, o intérprete valerá de suas concepções estéticas complexas, tendo sempre como guia os ideais de justiça, equidade e devido processo legal. Qualquer justificativa moral a respeito de uma interpretação, segundo Dworkin, deve tentar invocar um destes três parâmetros (DWORKIN, 2003, p. 285). Ao interpretarmos um romance, portanto, algumas conclusões decorrem do que fora narrado até ali, e embora o autor admita que utilizamos de preceitos estéticos individuais a respeito do que é belo, bom e justo, Dworkin expõe que nossas opiniões são formadas a partir de conexões lógicas de sentido, possuindo certa coerência lógico-discursiva.

Para aplicar a ideia de romance em cadeia em casos judiciais, Dworkin cria o juiz "Hércules", um juiz com paciência e determinação de analisar todas as interpretações possíveis para um caso. Em sua obra, são descritos vários exemplos de decisões hipoteticamente tomadas pelo juiz em questão, decisões baseadas no Direito como

Integridade. Nos casos descritos por Dworkin, os parâmetros interpretativos de análise do juiz Hércules são precedentes e não normas legais.

No presente caso, a ideia de romance em cadeia servirá como base de análise de nossa interpretação a respeito dos posicionamentos relacionados à aplicação da indenização punitiva. A ideia é estabelecer uma narrativa única dos argumentos apontados pela doutrina a partir de nossa configuração normativa, a qual, em nosso ordenamento, tem prevalência sobre as decisões judiciais. Serão utilizadas ainda as dimensões de interpretação da adequação e da justificação, tal como propostas pelo autor, no intuito de verificar, entre os argumentos, quais deles são adequados ao sistema jurídico e, para além disso, quais deles permitem enxergar o Direito em sua melhor luz, ou seja, a partir de uma concepção de justiça.

## **5 UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA SOBRE OS ARGUMENTOS UTILIZADOS A RESPEITO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA**

Para a análise da indenização punitiva de acordo com a Integridade, selecionamos quatro argumentos possíveis em defesa de sua aplicação: a) o instituto pode ser aplicado em virtude de sua utilização bem-sucedida em sistemas estrangeiros; b) a indenização punitiva pode ser utilizada nos casos em que a conduta do agente for extremamente grave ou reiterada; c) a indenização punitiva pode ser aplicada pois a ideia de punição encontra-se de acordo com qualquer espécie de sanção no direito civil, ora como fundamento primário, ora como fundamento secundário; d) a indenização punitiva pode ser aplicada em caso de “danos sociais”, sendo que o excedente da condenação pertence: c.1) ao próprio ofendido; c.2) a fundos públicos destinados à reparação dos danos.

Com relação ao primeiro argumento, no artigo “Usos e abusos da função punitiva”, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler criticam a então crescente utilização do referido instituto baseada apenas na importação de teorias estrangeiras, desconsiderando todo o aparato teórico construído na própria doutrina brasileira a respeito do caráter desestimulador das indenizações civis extrapatrimoniais e do critério simétrico das indenizações por dano material, garantido pelo art. 944 do Código Civil (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 30). Segundo a opinião das autoras, a aplicação dos “punitive damages” pelas doutrinas estrangeiras estariam relacionadas com o contexto sociocultural e com as tradições

jurídicas dos próprios países. As autoras exemplificam com o caso italiano, em que toda lesão extrapatrimonial é tratada como crime.

A mesma crítica é realizada por Maria Celina Bodin de Moraes (2005), que aduz que a importação do sistema de indenização punitiva de forma irrefletida pelos tribunais poderia gerar uma ação de contrariedade às normas que regulam especificamente situações de indenização. Segundo a referida autora, não haveria qualquer autorização para a aplicação indiscriminada do referido instituto, seja no Código Civil, ou em outras leis que preveem algum tipo de indenização, como no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo. A autora cita, ainda, algumas ocasiões em que o legislador vetou de forma expressa o caráter punitivo das indenizações extrapatrimoniais. Desse modo, defende que a utilização dos “punitive damages” no Direito Brasileiro deveria depender de previsão legal que estabelecesse de forma segura os critérios de fixação da indenização, além das hipóteses específicas de aplicação, sob pena de prejudicar a segurança jurídica e a própria justiça das reparações por dano civil.

As críticas das autoras mencionadas encaixam-se na perspectiva de respeito à produção de um “romance em cadeia”. Um intérprete do Direito como Integridade jamais poderia analisar um caso a partir de argumentos desconectados com o a produção teórica, normativa e jurisprudencial do sistema ao qual pertence, assim como um romancista não pode continuar uma história ignorando o que fora produzido até ali, apegando-se a elementos pertencentes a outros romances, sob pena de ferir-lhe a coerência. A adoção do instituto fundamentada na existência de exemplos de aplicação em ordenamentos estrangeiros poderia servir, no máximo, como inspiração para o intérprete enxergar e justificar o direito, mas somente nos casos em que essa aplicação passasse no teste de adequação, o que não ocorre com nosso objeto de estudo, principalmente em virtude do artigo 944 do Código Civil.

Conforme já mencionado, a reprovação no teste de adequação significa que o argumento em análise não está coerente com a produção jurídica que serve de referencial de análise. Em razão disso, a adoção do instituto por ordenamentos estrangeiros não seria um argumento adequado à integridade do nosso sistema. Ainda que correspondesse a uma medida justa, sua justificativa moral em nosso ordenamento ocorreria por mera contingência ou acaso e não pela coerência intrínseca da atividade interpretativa.

Em relação aos demais argumentos, todos parecem passar no teste da adequação, em princípio, cabendo fazer uma análise a respeito de sua justificação, ou seja, de sua relação com ideias de justiça, equidade e devido processo legal. Com relação ao argumento da

gravidade da conduta, verifica-se que as possíveis sanções de Direito Civil previstas em nosso sistema variam de acordo com a gravidade da conduta do agente. Trata-se de um pressuposto do funcionamento do sistema jurídico, não aplicável somente ao âmbito penal. No parágrafo único do mesmo artigo 944 do Código Civil encontra-se a previsão de diminuição equitativa da pena nos casos em que haja uma desproporção entre o dano sofrido e a gravidade da culpa do agente. A regra, portanto, diz respeito à proporcionalidade da indenização em relação ao dano, o que não deixa de abordar o referido argumento, na medida em que, ao menos inicialmente, parece haver uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da culpa do agente e o tamanho do dano. O parágrafo único serviria, dessa forma, para corrigir as distorções dessa relação. A participação da vítima para a ocorrência do dano, por sua vez, também autoriza a redução da indenização, na medida em que retira o grau de responsabilidade do agente para a ocorrência do dano, de acordo com o artigo 946 do mesmo diploma.

Em relação à reiteração de uma conduta capaz de gerar responsabilidade civil, entendemos que a mesma encontra-se diretamente ligada à ideia de gravidade, e por isso analisamos ambas de forma conjunta. Uma conduta danosa reiterada é sempre uma conduta mais grave do que uma conduta danosa inédita, pois pesa sobre a mesma a certeza de um comportamento contrário ao direito, que se manifestou através de um pronunciamento judicial anterior. Ambas correspondem, portanto, à medidas que traduzem tanto uma concepção de justiça contida na legislação brasileira quanto um de pressuposto de funcionalidade do ordenamento jurídico. Resta claro, todavia, que a análise de culpa do agente nos casos de indenização serve sempre ao propósito de diminuição da indenização, e nunca de aumento. Talvez por isso tenha ocorrido diversas tentativas de alteração legislativa dos referidos dispositivos do Código Civil, tendentes a acrescentar o caráter de desestímulo na quantificação do dano, tendo todas elas permanecido infrutíferas até aqui (LONGHI; SILVA, 2014, p. 390). Dessa forma, embora reconheçamos o caráter de justiça do argumento, bem como sua verificação no pano de fundo normativo brasileiro, sabemos que sua defesa não ultrapassa o requisito do devido processo legislativo, sendo sua aplicação pelos tribunais uma medida que não passa na análise de justificativa do argumento. Refuta-se, portanto, o segundo o argumento a partir de uma visão íntegra do direito.

Quanto ao terceiro argumento, cumpre-nos inquirir sobre a justificação de uma separação jurídico-moral do fundamento da sanção nos campos do direito civil e penal. De

fato, fundamentar a existência de uma divisão essencial e teórica entre os referidos ramos parece não constituir tarefa fácil, especialmente porque o caráter teleológico da consequência jurídica aplicável nos dois casos é objeto de diferentes posicionamentos nas diversas concepções de Direito. Hans Kelsen por exemplo, em sua *Teoria Pura do Direito*, defendeu a tese de que a divisão tradicional entre direito público e privado não passava de uma divisão ideológica, fugindo ao aspecto científico do Direito (KELSEN, 2012). Segundo o aclamado teórico, o direito em si é uma ordem coativa, importando em normas que não só pretendem determinar comportamentos, mas garanti-los através de mecanismos próprios de coação, as sanções (KELSEN, 2012). Neste sentido, as indenizações, as premiações, as penas, seriam todas manifestações desta natureza, não importando – para fins científicos – em qual “ramo” do Direito as mesmas se verifiquem.

O ponto de vista kelseniano pode realmente ser verificado quando se tem uma visão ampla do ordenamento jurídico. Primeiramente, porque as normas de direito penal não estabelecem somente uma conduta indesejada e uma pena como sanção. O aparato normativo de direito penal é composto por uma série de normas que regulam os comportamentos desejados de forma direta e indireta. Não obstante, em alguns crimes, o princípio da restituição é plenamente observável. No crime de peculato culposo, por exemplo, a reparação do dano anterior à sentença extingue a própria punibilidade. Da mesma forma, algumas sanções previstas no Direito Civil podem ser enxergadas como verdadeiros castigos, como as cláusulas penais, por exemplo. Do ponto de vista teórico positivista, portanto, parece não haver problema em adotar a ideia de indenização punitiva no Direito Civil, uma vez considerados os argumentos kelsenianos a respeito do conceito de direito e das divisões políticas e/ou teleológicas estabelecidas entre os seus diversos ramos.

Em relação à divisão em áreas como forma de justificação de um posicionamento jurídico-moral, Dworkin defende que embora não sejam determinantes para caracterizar a existência de justiça ou não de um argumento, as áreas do Direito servem para achar a resposta mais correta entre aquelas que passaram nos testes de adequação e justificação. É assim que, diante de duas respostas possíveis, a adequação das soluções nas suas respectivas áreas passa a assumir um papel importante, correspondendo ao que o autor chama de prioridade local (DWORKIN, 2003). A prioridade local é um dos critérios para se escolher a melhor interpretação entre aquelas que se enquadram em uma visão íntegra, embora a estética e a moral individual também sejam critérios para o autor. Contudo, embora seja possível

admitir que os fundamentos reparatório e punitivo da sanção possam ser verificados de forma justa em ambos os ramos do Direito, entendemos que a aplicação do fundamento punitivo no Direito Civil também está condicionado à sua previsão legal, em atenção ao devido processo legislativo que traduz uma concepção íntegra de justiça. Não obstante, esta proposta legislativa teria de equalizar o paradigma punitivo da sanção civil com a vedação ao enriquecimento sem causa, previsto no artigo 884 do Código Civil, sob pena de deixar contraditório o próprio sistema jurídico-normativo.

Por fim, passamos à análise do argumento relativo à aplicação do instituto em caso de danos sociais, admitido por diversos posicionamentos na doutrina (LONGHI; SILVA, 2014, p. 385). Com relação ao referido argumento, entendemos que a hipótese de aplicação da indenização punitiva deve ser admitida quando nos encontramos na hipótese de danos sociais, os quais são considerados pela doutrina como uma espécie de dano capaz de extrapolar a mera lesão a uma parte de uma situação jurídica, produzindo efeitos de mal estar social para toda a coletividade (SILVA, 2009). Primeiramente, pois o referido argumento é o único que parece de acordo com o disposto no artigo 944 do Código Civil, na medida em que eventual condenação de caráter punitivo, apesar de utilizar da punição como fundamento da sanção, não extrapolaria o comando normativo legal que estabelece a proporcionalidade em relação ao dano.

Por outro lado, a utilização da indenização punitiva, assim como das demais tendências da responsabilidade civil, somente se justificam de acordo com o Direito como Integridade na medida em que promovem o bem que pretendem, ou seja, reequilibram as possibilidades de obtenção de justiça no caso concreto, sem deixar de respeitar o cenário da moral-institucional contida em nossos diplomas normativos. Dessa forma, assiste razão ao posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes, no sentido de admitir a indenização punitiva nos casos de danos sociais com a ressalva de que a parte punitiva da indenização fosse voltada para fundos públicos específicos criados para a reparação destes danos, em respeito à vedação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (MORAES, 2004, p. 288). Dessa forma, tem-se que o último argumento seria o único de acordo com uma visão íntegra do Direito Brasileiro.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O reconhecimento da indenização punitiva como uma tendência abordada pela produção teórica nacional traz consigo a necessidade um estudo que investigue a adequação de sua aplicação de acordo com pressupostos de aplicação e validade do direito bem delimitados. No presente trabalho, a escolha pela perspectiva do Direito como Integridade passa pela aceitação da relação entre Direito e Moral, pela ideia de Direito como prática interpretativa e pela aplicação das dimensões de adequação e justificação dos diversos posicionamentos ou argumentos a serem analisados para a resolução de um problema jurídico.

A partir do referencial teórico mencionado e com base na descrição dos posicionamentos doutrinários mais comuns a respeito da aplicação da indenização punitiva, concluímos que a hipótese mais adequada a uma perspectiva íntegra do Direito é aquele que admite a aplicação do instituto somente nas hipóteses de comprovado “dano social”, tendo como destinatário da parte pedagógica da indenização não a vítima, mas um fundo criado para reparar toda a extensão do dano especificamente descrito, o qual, na maioria das vezes, não chega a ser ressarcido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 29, 2006.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24112009-133257/>>. Acesso em: 2016-02-28.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações : responsabilidade civil**, vol. 2 – 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, trad. Luiz C. Borges, San Pablo, Martins Fontes, 2000.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. **Punitive damages nas relações de consumo**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03102012-084841/>>. Acesso em: 2016-02-28.

HAMUD, Rhenne Hamud; RIVABEM, Fernanda Schaefer. A função punitiva da responsabilidade civil brasileira nas indenizações por dano extrapatrimonial. **Percurso**, v. 12, n. 1, p. 169-190, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista Cej**, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, v. 18, 2004.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. GZ Editora, 2009.

LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. **A função punitiva da responsabilidade civil**: uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil. Direito civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI / UFSC; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Rafael Peteffi da Silva, Otávio Rodrigues Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>> Acesso em 29.02.2016.

PUSCHEL, Flavia Portella. Punitive Damages in Brazilian Law: Proposal for an Empirical Investigation. **DIREITO GV L. Rev.**, v. 3, p. 17, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/>>. Acesso em: 2016-02-28.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **Reflexões sobre o dano social**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 59, 30 nov. 2008 [Internet]. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3537](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537)>. Acesso em: 26 Fev. 2016.