

REFLEXÕES ACERCA DA COMPATIBILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, APÓS RECENTE DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL PELO STJ

REFLECTIONS ON THE COMPATIBILITY OF *PUNITIVE DAMAGES* WITH THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AFTER THE RECENT DECISION TO HOMOLOGATE A FOREIGN JUDGMENT IN BRAZIL BY THE STJ

Caroline Vaz *

RESUMO: O tratamento dos *punitive damages*, ou seja, de uma função punitiva à responsabilidade civil – retorna ao centro dos debates durante julgamento do STJ em homologação de sentença estrangeira onde em que o tema foi ventilado. Nesse sentido, importante espaço foi aberto pela conclusão dos Ministros quanto à inexistência de afronta à ordem jurídica brasileira no reconhecimento dos *punitive damages*. Pelo contrário, algumas decisões vêm mencionando expressamente a função punitiva, ainda que atrelada à compensação dos danos morais, diferentemente do que ocorre nos países da Common Law. A necessidade de encontrar instrumentos para a eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil talvez seja uma forte razão para a reflexão e o debate permanente acerca desse instituto e sua aplicação no Sistema jurídico pátrio.

Palavras-chave: responsabilidade civil; função punitiva; homologação de sentença estrangeira; *punitive damages* no direito comparado; eficácia de direitos fundamentais.

ABSTRACT: The treatment of punitive damages, from a punitive function to civil liability, returns to the center of debates during the STJ's judgment in homologation of a foreign sentence where the subject was treated. In this sense, an important way was opened up by the Ministers' conclusion for the Brazilian legal system to recognize punitive damages. On the contrary, some decisions have expressly mentioned the punitive function, although linked to the compensation of moral damages, in a different sense that happens in Common Law countries. The need to find instruments for the effectiveness Fundamental Rights in Brazil is perhaps a strong reason for reflection and permanent debate about this institute and its application in the national legal system.

Keywords: civil liability; punitive function; homologation of foreign judgment; punitive damages in comparative law; effectiveness of fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O recente debate sobre os *punitive damages* no Superior Tribunal de Justiça brasileiro. 1.1. A homologação de sentença estrangeira e os aspectos relevantes da função punitiva no Direito Comparado e no Brasil. 2. Funções da Responsabilidade Civil: a punitiva. 2.1. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Comparado. 2.1.1. Os *punitive damages* na *Common Law*. 2.1.2. *La pena privada* na Itália. 3. Doutrina, precedentes jurisprudenciais e legislativos no Brasil sobre as funções punitiva

* Doutora em Direito (Programa de Sociologia Jurídica) pela Universidade de Zaragoza-Espanha (2013); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006) e graduada em Direito por esta mesma universidade (PUCRS-1999). Atualmente é professora da Pontifícia Universidade Católica do RS (PUCRS) e palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). É docente e pesquisadora de Direito Constitucional e mais especificamente da matéria Direitos Fundamentais (Efetividade dos Direitos Fundamentais) e de Direito Civil, em sua dimensão Civil-Constitucional. Interessa-se por outros temas jurídicos e interdisciplinares atuais, com destaque ao Direito Comparado, à Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito. É Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul onde atua como Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF/MPRS). E-mail: carolinevaz@mprs.mp.br / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2112-4646>

e dissuasória da responsabilidade civil. **3.1.** As funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil na doutrina brasileira. **3.2.** Precedentes jurisprudenciais no Brasil – Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. **4.** O papel do Poder Judiciário para a aplicação das funções punitivas/dissuasórias da responsabilidade civil e a concretização dos direitos fundamentais. **4.1.** A dinâmica dos Direitos Fundamentais e a sua necessária ductilidade. **4.2.** Os princípios jurídicos como instrumentos hermenêuticos para aplicação dos *punitive damages* pelo Poder Judiciário. **5.** Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Tema bastante discutido pela doutrina brasileira, e, há alguns anos, incipiente na jurisprudência, a função punitiva e/ou dissuasória da Responsabilidade civil – também conhecida por alguns juristas como Teoria do Desestímulo – volta a ser centro de debates, desta feita no Superior Tribunal de Justiça, em sede de homologação de decisão estrangeira.

Aliás, da mesma forma, em 2017, isso ocorreu na *Suprema Corte de Cassazione Italiana*, quando também se debatia a possibilidade do reconhecimento do instituto, que tem origem no sistema da *Common Law*, no âmbito interno daquele país.

A relevância se dá em virtude de a Responsabilidade Civil, apesar de seu permanente desenvolvimento, não ter atendido com suas funções tradicionais, – reparação e/ou compensação, – o objetivo último de restabelecimento das vítimas de danos injustos aos *status quo* na esfera extrapenal, tampouco, em muitas situações, ao fim último do Direito, qual seja, a pacificação social.

Embora a constatação não seja novidade, outras funções que emergem do Direito Comparado – como os *punitive damages*, costumeiramente traduzido como danos punitivos – encontram resistência nos sistemas romano-germânicos, haja vista a falta de previsão legal para sua aplicação.

No entanto, em que pesem entendimentos no sentido de que a hermenêutica jurídica possa resolver essa lacuna legislativa, é bem verdade que a recente decisão, publicada em maio de 2022, abre uma porta melhor lastreada para o emprego do instituto no Brasil.

O presente artigo, portanto, pretende reacender a reflexão acerca da necessidade de um sistema para além da segurança jurídica estar atento aos princípios constitucionais, especialmente à efetividade de Direitos Fundamentais, que são a viga mestra do ordenamento jurídico vigente; e, para tanto, aos movimentos relacionados ao dinamismo da ciência na sociedade contemporânea.

1. O RECENTE DEBATE SOBRE OS *PUNITIVE DAMAGES* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Aparentemente calmo o cenário jurisprudencial acerca da responsabilidade civil mormente no que tange ao reconhecimento de novos institutos correlatos no Direito Comparado em 2022, ressurgiu o debate sobre os *punitive damages*, ou “danos punitivos” e seu reconhecimento no cenário jurídico nacional.

Contudo, a decisão de homologação não trata exatamente dessa temática, mas “abre passagem ao eventual uso do instituto”, pois afasta a afronta deste à ordem jurídica.

1.1 A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA E OS ASPECTOS RELEVANTES DA FUNÇÃO PUNITIVA NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Em acórdão datado de 02 de fevereiro de 2022, publicado em 16 de maio do mesmo ano, houve a homologação da decisão estrangeira HDE 586/EX, cuja relatoria foi da lavra do Ministro Raul Araújo, 2017/0115960-8, pela qual o Superior Tribunal de Justiça brasileiro entendeu: “Portanto, a sentença estrangeira que se pretende homologar, mesmo que tratasse de condenação em *punitive damages*, não seria, nem é, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo de se cogitar de ofensa à ordem pública¹”.

A novidade não está propriamente no conteúdo material da decisão homologada, mas sim no reconhecimento da autorização do uso do Instituto *punitive damages*, traduzido amplamente ao português como dano punitivo, ou ainda, função punitiva da responsabilidade civil. *In caso*, o Tribunal Superior validou, para fins de execução, um acórdão estrangeiro que abordava o tema dos “danos punitivos” (ou *punitive damages*), embora o instituto não exista na legislação brasileira.

Por unanimidade, a Corte Especial do STJ entendeu que a decisão da justiça estrangeira, por mais que se baseie em princípios inexistentes no Brasil, não viola a ordem pública nacional, se aplicada pelo sistema de Justiça local.

A situação fática diz respeito ao requerimento da Apotex, Inc. em face de Peter Kalinka e Tiburon Bio Consulting GmbH, visando à homologação de sentença estrangeira, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de Ontário, Canadá, que julgou parcialmente procedente a ação civil, a qual foi ajuizada visando à condenação da Tiburon e de Peter Kalinka à restituição dos valores recebidos em decorrência da violação de contrato e de quebra do dever fiduciário. O Superior Tribunal de Justiça de Ontário julgou o pedido parcialmente procedente, condenando Tiburon e Sr. Kalinka ao pagamento de €324.100,00 em favor da Apotex na quantidade de moeda canadense suficiente para adquirir o valor da obrigação fixada em moeda estrangeira (euros), conforme taxa de câmbio do dia anterior ao pagamento².

Após a descrição dos fatos, os Ministros destacaram a análise dos *punitive damages* suscitados pela parte requerida, mencionando que a decisão não adentrou o âmbito de eventual responsabilidade extracontratual, tampouco acolheu o pedido da parte autora de aplicação dos danos punitivos (*punitive damages*), diversamente do que entende a parte ora requerida ao sustentar a incompatibilidade da decisão com o sistema de responsabilidade civil brasileiro. Ao contrário, nos fundamentos da sentença alienígena, foi trazida a jurisprudência consolidada no país a respeito de como se determinar as *punitive damages*, baseando-se na sentença do Ministro Binnie em *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595.

¹ STJ. HDE 586. Corte Especial. Relator Min. Raul Araújo. DJe 16/05/2022.

² STJ. HDE 586. Corte Especial. Relator Min. Raul Araújo. DJe 16/05/2022.

A decisão do Tribunal Superior em comento ainda refere que especificamente, no caso concreto, concluiu-se que os danos punitivos requeridos pelo autor não poderiam ser acolhidos, bastando a condenação da parte, por inadimplemento contratual, à devolução do valor de "€299.100 convertidos em dólares canadenses, mais juros pré e pós-sentença", referente estritamente à quebra do contrato. Tal valor foi considerado como a extensão do dano advindo da responsabilidade civil contratual.

O Relator, Ministro Raul Araújo, menciona, ainda, que mesmo entendendo, equivocadamente, aplicados na sentença ora homologada os danos punitivos, "não estaria configurada a alegada ofensa à ordem pública, capaz de impedir a homologação do decisum estrangeiro". Isso porque, segue o Magistrado, "como muito bem registrado pelo Documento: 2124449 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 16/05/2022 Página 28 de 7 Superior Tribunal de Justiça eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, em seu voto-vogal no curso do presente julgamento:

"(I) em questões cíveis, não há a exigência de dupla tipicidade, tal como ocorre na extradição, que depende de a conduta do extraditando ser tipificada tanto na legislação estrangeira como na brasileira; (II) o ilícito é contratual, e não extracontratual, de maneira que o que houve foi a imposição de consequências à parte requerida em razão do inadimplemento do contrato no exterior. Assim, não há óbice à homologação de sentença estrangeira que se embase em legislação ou jurisprudência não adotada pelo Brasil. Ademais, embora não se admita a irrestrita aplicação das "*punitive damages*" no sistema de responsabilidade civil vigente, SERGIO CAVALIERI FILHO, invocando lições de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e MOREIRA ALVES, esclarece que "Doutrina e jurisprudência, com respeitosa exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias³."

A fim de ilustrar a manifestação, o acórdão refere diversas decisões nas quais a função punitiva está atrelada à compensação pelo dano moral, com o fim de elevar o valor desta⁴.

Conclui-se:

"Portanto, a sentença estrangeira que se pretende homologar, mesmo que tratasse de condenação em *punitive damages*, não seria, nem é, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo de se cogitar de ofensa à ordem pública. Na verdade, as alegações dos requeridos a esse respeito atacam matéria de mérito do julgamento levado a termo pela Corte estrangeira, cuja discussão, como dito alhures, é incabível perante esta Corte Especial, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça(...)"⁵.

Não passou despercebido, pois, o instituto dos *punitive damages*, ainda que a decisão homologada não o tivesse considerado, na origem, cabível à situação fática. Pelo contrário, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, levando em consideração os precedentes da mesma

³ STJ. HDE 586. Corte Especial. Relator Min. Raul Araújo. DJe 16/05/2022.

⁴ O Ministro publicou interessante artigo sobre o tema intitulado *Punitive Damages* e sua aplicabilidade no Brasil. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051> Último acesso de 05 de dezembro de 2022.

⁵ STJ. HDE 586. Corte Especial. Relator Min. Raul Araújo. DJe 16/05/2022.

Corte e da Doutrina, consideraram não haver incompatibilidade de tal função com o sistema jurídico brasileiro.

Nessa toada, importante abordar aspectos basilares do instituto, a partir do Direito Comparado, para se verificar a dinâmica de sua aplicação não só nos países da *Common Law*, bem como nos da família Romano-Germânica, especialmente na Itália, pois também o tema tem retornado às mais altas Cortes de alguns países na contemporaneidade.

2. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: A PUNITIVA

No Brasil, a doutrina debate desde o século passado a finalidade punitiva da responsabilidade civil tema que teria sido esquecido após a separação da responsabilidade criminal e civil no passado⁶. Entretanto, tem-se constatado – em especial, sob o argumento da necessidade de mais eficácia à tutela jurídica dos direitos fundamentais, uma forte tendência em se aplicar, paralelamente às funções indenizatória e compensatória da responsabilidade civil, os propósitos punitivos e preventivos.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, acima transcrita, inova ao reconhecer expressamente que os *punitive damages* não seriam incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Entretanto, importante destacar alguns aspectos antecedentes sob o ponto de vista jurisprudencial, doutrinário e legislativo do instituto, para que se compreenda e reflita acerca da compatibilidade desse com o sistema jurídico-constitucional brasileiro.

2.1. A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO COMPARADO

Quando se fala em função punitiva da responsabilidade civil, isso seria incompatível com o Direito Civil brasileiro, já que as finalidades precípuas são a indenização e a compensação, pois enquanto a punição seria preocupação do direito penal ou administrativo. Contudo, em alguns países o tema vem sendo desenvolvido há muitos anos.: assim, na *Common Law*, os *punitive damages*; na Itália, *la pena privata* – cada sistema com suas especificidades. Lentamente o tema foi tomando corpo na doutrina brasileira, até que chegasse a ser percebido pelos Tribunais, especialmente como fundamento para elevar o valor da compensação de danos morais. Importante conhecer a gênese deste, bem como as razões pelas quais – no Direito Comparado – o instituto segue sendo motivo de estudo e debates na doutrina e nos Tribunais.

2.1.1. Os *punitive damages* na *Common Law*

A ideia de responsabilidade civil com finalidade de punir e dissuadir originou-se nos países que adotam a *Common Law*, tornando-se conhecida por meio dos *punitive* (ou

⁶ Cf. VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2009.

exemplary) damages – expressão utilizada pela primeira vez em 1763, quando uma das Cortes Norte-Americanas concedeu a indenização com a finalidade de punir o autor do dano causado à vítima, além de compensá-la por este⁷. Posteriormente seu estudo foi expandido para sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Os “danos punitivos”, tradução recorrente para o português, teve diversas definições no Direito Norte-Americano, bem como traduções para muitos países.

Segundo Nelson Rosenvald,

“De fato, tradicionalmente os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos”, sintetizando o entendimento recorrente acerca da expressão⁸.

No Direito Comparado, está bem definido na manifestação do Justice Stevens⁹, membro da Suprema Corte Norte-Americana, quando do julgamento de um caso paradigmático, *BMW of North America, Inc. v. Gore* naquele país:

(...) *Punitive damages may properly be imposed to further a State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition.* (Danos punitivos podem ser propriamente aplicados para promover o legítimo interesse do Estado em punir condutas ilegais e em dissuadir sua repetição- Tradução livre).

Para o sistema Norte-Americano, ao lado dos *compensatory damages*, os quais abrangem a reparação e compensação de danos, aplicam-se os referidos *punitive* (ou *exemplary* ou *vindictive) damages* em situações específicas – nas quais o autor do dano demonstra, pois, condutas consideradas graves no contexto do país, causando danos significativos às vítimas. Esse seria o momento de sua aplicação, quando as demais funções não são suficientes.

O instituto tem sua aplicação não só nos danos advindos da responsabilidade civil aquiliana, mas também pelo descumprimento de contratos¹⁰

Segundo preleciona René David, “a rubrica Direito das Obrigações, em compensação, não é conhecida na Inglaterra, onde só encontramos obras referentes a delitos civis (*torts*), de um lado, e ao direito dos contratos (*contracts*), de outro¹¹”.

⁷ *Case: Huckle v. Money*. In KOENIG, Thomas H.; RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2001, p. 14.

⁸ ROSENVALD, Nelson. A etiologia dos *punitive damages* nos Estados Unidos e Inglaterra. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, Editorial, v. 4, n. 1, p. V-XVI, jan./abr. 2021.

⁹ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), Suprema Corte do Estados Unidos da América. *Opinion of Justice Stevens*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/> Acesso em 10 de dezembro de 2022.

¹⁰ Sobre a aplicação dos *punitive damages* nos EUA interessante texto do *Legal Information Institute* in: https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages. Acesso em 10 de dezembro de 2022.

¹¹ DAVID, René. *O Direito Inglês* (Tradução Eduardo Brandão; Revisão técnica e tradução Isabella Soares Micalis). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 107-110.

Quando se trata de descumprimento contratual, ressaltam que o instituto não seria aplicável tão somente em virtude do inadimplemento, mas deve haver a análise do comportamento e dos efeitos desse inadimplemento no caso concreto¹².

A literatura especializada sobre o tema refere, entre vários exemplos, um julgamento no Alabama em que os danos patrimoniais foram no valor de \$ 600 e os *punitive damages* concedidos pelo Júri no valor de \$ 580 milhões, sendo que o advogado da parte autora tinha pleiteado a título de indenização somente \$ 6 milhões, para ao final serem concedidos, pois, \$574 milhões a mais¹³. Tais decisões, outrossim, podem ser revistas pelos Tribunais, incumbindo a estes a análise quanto à necessidade de redução do valor para deixá-lo mais adequado ao caso em concreto, levando em consideração diversos fatores, mas principalmente julgados de *torts* anteriores, consoante já se posicionou a Suprema Corte Americana.

Outro caso emblemático ocorrido nos Estados Unidos, *Liebeck v. McDonald's*, foi o da condenação do McDonald's, no Estado do Novo México, em Albuquerque. O veredicto do Júri foi no sentido de a companhia pagar \$ 160 mil de ressarcimento dos danos sofridos pela vítima e \$ 2,7 milhões de *punitive damages* para uma senhora que sofreu queimaduras de terceiro grau na virilha, pés e nádegas, ao deixar cair, sobre seu colo, quando abriu a tampa do copo, um café entregue a ela demasiadamente quente.

A quantia depois foi reduzida para \$ 480 mil. Entenderam os jurados, após as manifestações dos advogados da vítima e da empresa, que a condenação a essa quantia deveria servir para punir o McDonald's e para dissuadir a companhia de colocar em risco desnecessário sua clientela novamente¹⁴. Portanto, o objetivo de concessão dos *punitive damages* é promover o interesse do Estado em punir as condutas ilícitas e evitar suas repetições¹⁵.

No Canadá, país de origem do *decisum* em comento do Superior Tribunal de Justiça, é possível perceber grande similitude da aplicação dos *punitive damages*. Ou seja, igualmente em situações ultrajantes à sociedade, os Tribunais aceitam condenar os réus à aplicação de um valor com finalidade específica de punição¹⁶.

¹² "Punitive damages are awarded in addition to actual damages in certain circumstances. Punitive damages are considered punishment and are typically awarded at the court's discretion when the defendant's behavior is found to be especially harmful. Punitive damages are normally not awarded in the context of a breach of contract claim", conforme decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, utilizadas como precedents: *O'Gilvie Minors v. United States* 519 US 79 (1996). Disponíveis em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-966.ZO.html>; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/> Acesso em 10 de dezembro de 2022.

¹³ *Case: Carlisle v. Whirlpool Financial National Bank et al.*, CV- 97-068, Hale County, Alabama. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W., et al. *Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 3.

¹⁴ *Case: Liebeck v. McDonald's Restaurant Inc.*, CV-93-02419 (Banally County Court, New Mexico, November 1994.) In KOENIG, Thomas H.; RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2001, p. 6.

¹⁵ KOENIG, Thomas H.; RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2001, p. 8.

¹⁶ HAWLEY, Donna Lea. Punitive and aggravated damages in Canada. *Alberta Law Review*, v. 18, n. 3, p. 485-508, 1980. Disponível em: <https://doi.org/10.29173/alr2200> Acesso em 12 de dezembro 2022.

Aliás, recentemente circulou a notícia de que o país tivera, no Estado de Ontário, o maior pagamento feito a uma vítima: cerca de 1,5 milhões de Dólares, a título de *punitive damages*, em ação individual contra uma companhia de seguros, para além das indenizações pertinentes e cabíveis no caso.¹⁷

Mas não só na *common Law* o reconhecimento de outras funções, além das clássicas reparatória e compensatória, vem ocorrendo. Também no Sistema Continental, mais precisamente no Direito Italiano, por sua doutrina e jurisprudência, vem sendo debatida a possibilidade de responsabilizar alguém, ou empresas, pela prática de ilícitos civis, com vistas a punir o agente por seu ato contrário ao Direito.

2.1.2. *La pena privata na Itália*

A “pena privada” na Itália remonta ao período clássico da história, não sendo uma novidade jurídica naquele sistema. Os especialistas destacam que vários são os motivos para o retorno do interesse sobre a matéria. Entre esses, percebe-se o instituto no quadro geral das alternativas na esfera cível, quando a tutela penal poderia ser um espaço renovado chamado de “pena privada”, consistente, segundo a definição que lhe dava A. Thon, “nas privações de um direito privado ou na determinação de obrigação privatística com o fim de punição do transgressor da norma”¹⁸.

Para Busnelli e Scalfi a atualidade da matéria nasce substancialmente da exigência de se procurar outros remédios de tutela privada de fora daquela tradicional do ressarcimento de dano, principalmente no âmbito dos direitos da personalidade, o qual constitui, com frequência, uma resposta insuficiente perante os variados eventos lesivos de interesses juridicamente relevantes. Aduzem, de outra banda, que – ao prolongado desinteresse da doutrina italiana pelo tema, – no exterior, corresponde a uma explosão de pesquisas doutrinárias e experiências jurisprudenciais como no caso da França em que houve a criação jurisprudencial das *astreintes* e a experiência da *common Law* com a antiga e atualíssima categoria dos *punitive damages*¹⁹.

Em que pese se assemelhem a *pena privata* e os *punitive damages*, ou seja, condenações por responsabilidade civil com finalidade punitiva e preventiva, não são exatamente institutos semelhantes.

Por exemplo, o caso da *Ford Motor Co. v. Grimshaw*, ocorrido nos Estados Unidos da América do Norte – mas utilizado maciçamente pela doutrina italiana como objeto de debate sobre o tema – envolveu o modelo Ford Pinto, na década de 80, cujo projeto incluiu a colocação do tanque de gasolina em local que aumentava os riscos de explosão do carro, como realmente acabou acontecendo. A indenização concedida pelo Júri foi no valor de \$ 120 milhões, depois

¹⁷ Disponível em: <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2022/06/27/2469771/0/en/Jury-Makes-Largest-Known-Canadian-Punitive-Damages-Award-On-Record-Against-Long-Term-Disability-Insurer.html>
Acesso em: 30 de novembro de 2022.

¹⁸ BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 5.

¹⁹ BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 6.

reduzido para \$ 3,5 milhões pelo Magistrado, muito além dos montantes que normalmente se concediam para casos de morte. O excedente foi concedido a título de *punitive damages*²⁰.

In casu entendeu-se que a Ford não teria feito a correta análise custo-benefício ao decidir não arrumar esse problema do veículo, pois, segundo a decisão, deveria ter se preocupado com o bem jurídico “vida” dos clientes em primeiro lugar.

Mais especificamente, em quatro situações a doutrina italiana aceita como possível a aplicação da pena privada²¹:

1) Quando não há um dano, ou pelo menos um dano de natureza econômica imediatamente perceptível e/ou quantificável; 2) Quando mediante a prática de um ato ilícito, o autor percebe vultosa vantagem, como por exemplo, obtém grandioso lucro com o uso abusivo e ofensivo à honra de outra pessoa; 3) Nos casos de danos ao meio ambiente ou provocados por atividades de grandes empresas, responsabilidade dos produtores, etc, com os danos muito difusos e por isso poucas pessoas buscarão a reparação destes em juízo; 4) A quarta possibilidade é para os autores de delitos de “menor potencial ofensivo” como, por exemplo, furtos em grandes magazines, ofensas à honra, à liberdade sexual, entre outras. Essa possibilidade se coaduna com a política de aplicação do direito penal aos delitos de maior relevância, ficando para a esfera civil e administrativa a punição desses considerados “delitos menores”, restando a pena privada como solução intermediária à responsabilidade penal e a mera obrigação de reparar o dano.

Conforme esclarece Paolo Gallo, o problema reside na quantificação da indenização com caráter de pena privada. Nos Estados Unidos, refere ele, está previsto em cada estado um limite, ou limites para fixação do *quantum*. Entretanto, na Itália, o valor dependerá muito da origem, da causa (uma das quatro possibilidades acima) dessa indenização, levando-se em conta a gravidade da lesão do ponto de vista subjetivo, o grau de culpa do autor do ilícito, *visando a punir o agente e a satisfazer a vítima*, evitando com a cobrança desse valor, também, que venha a ser praticado ato semelhante pelo mesmo lesante ou por outras pessoas²².

Importante destacar que o Código Civil Italiano prevê – nos artigos 2043 (danos patrimoniais) e 2059 (danos não patrimoniais) – os limites para tais indenizações, a fim de evitar o enriquecimento sem causa²³, sendo que este se aplica para os casos de danos culposos, precisamente para danos emergentes e lucros cessantes.

Giulio Ponzanelli arremata com propriedade as diferenças entre ambos os sistemas:

As penas privadas, cuja existência seja eventualmente reconhecida pelo ordenamento jurídico, se diferenciam dos *Punitive Damages* ainda que com esse compartilhe as características comuns de ‘*punishment and deterrence*’. Os danos punitivos da experiência norte-americana parecem, realmente, caracterizados por uma generalidade substancialmente estranha à experiência italiana das penas privadas. Eles, também pela flexibilidade própria da experiência da common law, podem ser aplicados em quase todos os campos do direito civil norte-americano, enquanto as nossas penas privadas precisam,

²⁰ GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 150.

²¹ GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 175.

²² GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 192.

²³ Código Civil Italiano. Disponível em: <https://www.ipsoa.it/codici/cc> Último acesso em 13 de janeiro de 2022.

antes de mais nada, de uma autônoma previsão normativa ou de uma previsão contratual que se modele sobre aquela normatização e não devem, pois, ser contrários aos princípios gerais delineados na nossa Carta constitucional em matéria de sanção civil e penal²⁴.

Por fim, os doutrinadores italianos concluem que o retorno do estudo da pena privada na Itália, além dos aspectos antes mencionados, também se deve à expansão permanente da responsabilidade civil, matéria esta que não pode ser estudada por um esquema unitário, até mesmo pelos variados prismas em que deve ser analisada.

Nesse contexto, recentemente a Corte de Cassação Italiana também enfrentou o questionamento sobre a homologação de sentença estrangeira na “*Sezioni Unite Civili*, Acórdão n. 16601, de 5 de julho de 2017”²⁵, a qual aborda os *punitive damages*.

Naiara Posenato refere que a decisão teve origem no *ricorso per cassazione* interposto pela Sociedade Italiana AXO ao reconhecimento de três sentenças estadunidenses adotadas pela *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count* e confirmadas pela *District Court of Appeal* da Flórida, a favor da Sociedade NOSA, com sede no mesmo estado. NOSA havia indenizado uma vítima de dano causado por vício em capacete para motocross, produzido pela sociedade italiana AXO e revendido pela mesma NOSA, um valor concordado entre as partes de aproximadamente US\$1.500.000,00. Sucessivamente, obteve nos Estados Unidos a condenação de AXO à reintegração patrimonial, e a sua homologação, em janeiro de 2014, junto à *Corte d’Appello* de Veneza. A AXO contestou diante da *Corte di Cassazione* italiana a decisão de reconhecimento concedida pelo juízo de segundo grau veneziano sustentando, entre outros argumentos, a contrariedade de tais sentenças à ordem pública italiana, com base no fato de tratar-se de condenações por “danos punitivos”, danos estes não admitidos em tal ordenamento, segundo jurisprudência consolidada da própria corte de vértice (*terzo motivo*)²⁶.

No contexto do julgamento, refere a autora do artigo em comento, que das *Sezioni Unite*, no julgamento de 2017, resultou na seguinte conclusão:

No ordenamento vigente, não se atribui à responsabilidade civil somente o dever de restaurar a esfera patrimonial do sujeito que sofreu a lesão, porque as funções dissuasivas e sancionatórias do responsável civil são internas ao sistema. Portanto, o instituto de origem estadunidense do ressarcimento punitivo não é ontologicamente incompatível com o ordenamento italiano. Porém, o reconhecimento de uma sentença estrangeira que contenha uma pronúncia desta natureza deve corresponder à condição que tenha sido proferida no ordenamento estrangeiro sob bases normativas que garantam a tipicidade das hipóteses de condenação, a previsibilidade da mesma e os limites quantitativos, devendo-se atentar, em sede de reconhecimento,

²⁴ PONZANELLI, Giulio. I Punitive Damages, il caso Texaco e il Diritto Italiano. *Rivista di Diritto Civile*, v. II, 1987, p. 406.

²⁵ POSENATO, Naiara. A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IV, n. 7, p. 467-479, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vii/direito-privado/a-suprema-corte-di-cassazione-e-o-revirement-sobre-os-danos-punitivos-na-italia-algumas-anotacoes/> Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

²⁶ POSENATO, Naiara. A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IV, n. 7, p. 467-479, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vii/direito-privado/a-suprema-corte-di-cassazione-e-o-revirement-sobre-os-danos-punitivos-na-italia-algumas-anotacoes/> Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

unicamente aos efeitos do ato estrangeiro e da compatibilidade dos mesmos com a ordem pública²⁷.

Ou seja, a exemplo do que ocorreu na decisão do STJ, quando da homologação de decisão estrangeira, com a conclusão de que o reconhecimento do instituto não fere a ordem jurídica, na Itália, da mesma forma, ficou clara a abertura à futura possibilidade de que sentenças estrangeiras de condenação a *punitive damages* sejam reconhecidas pelo ordenamento italiano, desde que respeitados os vínculos da tipicidade, da previsibilidade e da razoabilidade no que concerne o *quantum*.

3. DOCTRINA, PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVOS NO BRASIL SOBRE AS FUNÇÕES PUNITIVA E DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No Brasil, a doutrina é incipiente sobre a função punitiva e a função preventiva ou dissuasória da responsabilidade civil. Os escritos sobre o tema nem sempre o aprofundam, restando mesmo para o direito comparado uma maior diversidade de escritos sobre estas. Iguamente quanto aos Tribunais, em que pese existam decisões jurisprudenciais utilizando tais hipóteses, não são muito difundidas, estando, pois, o conteúdo de forma assistemática para pesquisa.

Além disso, é perceptível que a função dissuasória, quando referida pelos julgados, está atrelada ao âmbito dos danos morais, o que distancia, de certa forma, a disciplina do assunto no Brasil em relação aos demais países que tratam da questão. Isso porque a função punitiva e dissuasória, como se percebe na abordagem do tema, passaria a ser o valor excedente àquele que pertine aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não se assemelhando com quaisquer destes.

3.1. AS FUNÇÕES PUNITIVA E DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA DOCTRINA BRASILEIRA

Autores contemporâneos já externavam opiniões acerca das funções da responsabilidade civil no final do século XIX, como no caso de Fernando Noronha. Afirma ele, em seu artigo “Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil”, que, quando se fala em função sancionatória, faz-se evidente uma aproximação com a finalidade retributiva do direito penal. Destaca que a maior ou menor censurabilidade da conduta do autor do dano tem reflexos na obrigação de ressarcimento, aproximando a indenização, muitas vezes, da pena privada. Por outro lado, na compensação dos danos extrapatrimoniais, considera patente a

²⁷ POSENATO, Naiara. A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IV, n. 7, p. 467-479, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vii/direito-privado/a-suprema-corte-di-cassazione-e-o-revirement-sobre-os-danos-punitivos-na-italia-algumas-annotacoes/> Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

finalidade de punição do lesante²⁸. As diferenças entre as funções clássicas e as novas funções da Responsabilidade, a punitiva e a dissuasória, que emergiam do Direito Comparado, passaram a ser conhecidas paulatinamente.

Neste passo, Eugênio Facchini Neto elucida:

(...) a função dissuasória se diferencia da punitiva por levar em consideração não uma conduta passada, mas ao contrário, por buscar dissuadir condutas futuras. Ressalta que as funções reparatória e punitiva possuem uma função dissuasória individual e geral. Mas no caso da Responsabilidade Civil com função dissuasória, porém, o objetivo de prevenção geral de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar passa a ser o fim principal. O meio para alcançá-la, contudo, passa a ser a condenação do responsável à reparação/compensação dos danos individuais²⁹.

Esclarece ainda que “se busca punir alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade”³⁰.

Mais recentemente, como mencionado na decisão do STJ em comento, autores clássicos da Responsabilidade Brasil começam a reconhecer o debate acerca da existência de novas funções, embora quase sempre vislumbrem como principal barreira a falta de previsão legal, haja vista a baliza do artigo 944 do Código Civil vigente³¹.

Nessa linha de entendimento, tem-se a lição de Fachin e Ruzyk³² ao referir que,

quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, essa racionalidade não sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.

Seguem, os autores, posicionando-se quanto a serem os modelos e conceitos somente instrumentos do direito³³:

essa leitura se reflete na solução de casos concretos pelo Judiciário em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificado. Tal proceder pode gerar ofensa a direitos fundamentais decorrentes da cega aplicação da “solução” positivada no modelo, ou, mesmo, da ausência de modelos, excluindo a possibilidade de reconhecimento de direitos onde estes se fazem necessários. É um dos modos pelos quais o direito pode gerar vítimas, afastando-se de uma direção emancipatória.

²⁸ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar. 1999, p. 31.

²⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 3, n. 18, p. 29-68, nov. 2007, p. 164.

³⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 3, n. 18, p. 29-68, nov. 2007, p. 163.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo. Atlas, 2021.

³² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97.

³³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.99-100.

Com efeito, no momento em que as luzes se voltam não mais para o agente causador do dano tão-somente, mas em que a solidariedade social deve se sobrepor, todas as formas de ver-se protegida a vítima de infortúnios – praticados em desacordo com o direito – merecem ser acolhidas, ou ao menos refletidas.

Assim, em virtude dos diferentes danos ocorridos dentro de uma sociedade, caberá ao direito (entenda-se, direito como um todo, por meio das mais diversas fontes) definir quais são aqueles que devem ser suportados por quem os provocou, sempre tendo como norte princípios basilares vinculados à ordem constitucional vigente como a proporcionalidade e a igualdade, visando-se, precipuamente, a resguardar os direitos fundamentais.

Alguns juristas já pregavam que a “Teoria do Desestímulo”, a qual embasa as funções punitiva e dissuasória, deve ser prontamente rechaçada do sistema jurídico vigente no Brasil, sob os seguintes argumentos³⁴ de que os danos punitivos são verdadeiras sanções penais, que admitir o uso dos danos punitivos seria ensejar o enriquecimento sem causa, seria um *bis in idem*, já que em hipóteses de condenação por lesões corporais, p.ex., além da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, o autor seria punido novamente ao reparar os danos, dentre outros³⁵.

O prisma de análise poderia ser diferente.

Para aplicação de tais funções à responsabilidade civil no sistema brasileiro, dever-se-ão observar parâmetros de acordo com a realidade deste país e não com a norte-americana, ou a italiana, assim como ocorre atualmente com os parâmetros utilizados para fixação da compensação do dano extrapatrimonial - entendendo-se estes com gênero cujas espécies o dano moral puro, dano estético, dano à imagem, entre outros.

As demais funções que ora se busca agregar à responsabilidade civil vêm exatamente ao encontro da proteção de determinados valores, os quais – dada a sua relevância – igualmente são considerados fundamentais, estejam eles dentro ou fora do catálogo, especialmente se considerarmos uma interpretação em consonância com os objetivos e princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro.

E, para tanto, imprescindível reconhecer-se, como bem refere Ingo Sarlet³⁶, que “o rol do artigo 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo”. E mais adiante complementa:

(...) na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo

³⁴ MANENTE, Luís Virgílio Penteado; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. *Os Danos Punitivos do Direito Norte Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/> Acesso em: 05 de dezembro de 2022.

³⁵ Cf. VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2009.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 86.

republicano, mas que nem por isso (e talvez por isso mesmo), dispensa outros desenvolvimentos³⁷.

Segue Sarlet definindo direitos fundamentais³⁸:

são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada abertura material do catálogo).

Percebe-se, pois, que, apesar das diferentes visões sobre a função punitiva da responsabilidade civil, sobre ela vem se falando como alternativa para um Direito Civil efetivo, que realmente impacte na vida das pessoas – ou mormente daquelas vítimas de danos que muitas vezes são irreparáveis por sua dimensão, sem que as funções existentes na lei se aproximem satisfatoriamente do que seria um comportamento estatal preocupado com os Direitos mais essenciais à pessoa.

3.1.2. Precedentes jurisprudenciais no Brasil – algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça

No Brasil, o próprio Superior Tribunal de Justiça menciona a função dissuasória (ou preventiva) da reparação civil para fundamentar suas decisões há algum tempo. Em uma delas, em sede de Recurso Especial, oriunda do Estado do Rio de Janeiro, em que uma pessoa foi agredida dentro de um *shopping center*, entendeu-se que a indenização deveria contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica³⁹.

Outra foi em relação às ofensas causadas por empresa de comunicação a uma vítima, quando imputou a esta fatos inverídicos e levianos durante a exibição de conhecido programa, oportunidade em que o mesmo relator referiu que “sem embargo da leviandade da notícia jornalística, a atingir a pessoa de uma autoridade digna e respeitada, é de se reconhecer que a condenação, além de reparar o dano, deve também contribuir para desestimular a repetição de atos desse porte”⁴⁰.

Portanto, assume o Judiciário relevante papel nessa trajetória de um guardião da Constituição Federal e da Ordem Jurídica, como vem ocorrendo, no sentido de abordar as

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.87.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.85.

³⁹ REsp 215607/RJ. REL. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª TURMA, DJ 13.09.1999; (2) RESP 295175/RJ. REL. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª TURMA, DJ 02.04.2001.

⁴⁰ REsp 1.473.393 – SP. REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO. 4ª TURMA, DJ 23.11.2016.

interpretações possíveis dos institutos jurídicos que se apresentam no nosso país, a fim de trazer um norte não só ao Sistema de Justiça, mas também à sociedade como um todo.

4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A APLICAÇÃO DAS FUNÇÕES PUNITIVAS/DISSUASÓRIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que foi referido até aqui, acerca da necessidade de completude das normas, bem como de dar a máxima eficácia aos direitos fundamentais, impõe-se recorrer ao Poder Judiciário, ou melhor, ao magistrado, como intérprete desses direitos, buscando-se examinar a possibilidade de inserção da função punitiva ao sistema jurídico brasileiro. Supera-se, assim, no caso concreto, a lacuna legislativa.

Estando o Direito Constitucional vinculado ao destino das transformações dos homens sem perder sua razão maior - os valores relevantes a estes - por vezes faz-se necessário o traçado de novos caminhos.

4.1. A DINÂMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA NECESSÁRIA DUCTILIDADE

Quanto à dinâmica dos Direitos Fundamentais e sua necessária flexibilização, até onde seja possível, é emblemático o ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem a Constituição muda a sua forma, o seu conteúdo, que se adensa no curso dos últimos dois séculos em seu texto e em seu contexto, mas que segue sendo — como antes — uma Lei, que alicerça e preside o processo de juridicização de um projeto político eleito como realizador da ideia de Justiça prevalente em determinada sociedade estatal e dada, então, à concretização pela organização e dinâmica estatais⁴¹.

Reconhece a autora: sobreleva-se o papel que desempenha o Poder Judiciário como "guarda da Constituição", para assegurar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos.

Por isso, compete a ele o desempenho desse mister, sem o exercício do qual os direitos fundamentais restam como meras abstrações ou são atacados irremediavelmente, e essas agressões lesam todo o sistema jurídico, colocando abaixo a própria jurisdição como um direito.

Vai-se mais longe. Não só a Justiça, mas as próprias funções essenciais à Justiça devem ter como norte de atuação a defesa desses direitos. As garantias instrumentais ou processuais específicas de cada sistema jurídico têm sido repensadas para se anteciparem às violações.

A constatação decorre da própria natureza dos direitos fundamentais, já que não podem esperar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem atingido ou ameaçado

⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 16, 1996, p. 39-58.

for a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo. A prevenção é o melhor cuidado a se tomar, juridicamente, quanto ao resguardo dos direitos fundamentais.

Cármem Lúcia lembra que quanto mais eficientes forem os sistemas em dotarem os indivíduos e as instituições de instrumentos acautelatórios, a fim de que ameaças sejam sustadas ou desfeitas – antes mesmo da prática prejudicial aos direitos –, tanto melhor atendidos estarão os objetivos dos ordenamentos jurídicos⁴².

Nesse contexto de expansão de conflitos – os quais nem sempre o legislador consegue acompanhar, face à célere dinâmica com que ocorrem –, buscar-se nos princípios jurídicos – como instrumentos hermenêuticos para a aplicação das funções punitivas/dissuasórias pelo Poder Judiciário, bem como pelos órgãos que se constituem em função essencial à Justiça –, pode ser uma alternativa segura para o reconhecimento de novos institutos “que não ofendam a Ordem Jurídica”.

Até porque, como arremata Perlingieri,

“(…) da concepção unitária de ordenamento jurídico decorre que a solução de cada controvérsia não mais pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções que o caracterizam.⁴³”

4.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO INSTRUMENTOS HERMENÊUTICOS PARA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* PELO PODER JUDICIÁRIO

Não há dúvida – neste quadrante da história – de que o Direito, mesmo quando positivado, é integrado também por regras e princípios, além das demais fontes.

Em se tratando de interpretar direitos fundamentais, avultam a autoridade e prestígio do Poder Judiciário, na medida em que a natureza sistêmica imanente ao mesmo, pode conduzir – entre distintas possibilidades interpretativas – à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e embasa unidade ao sistema.

Diante de tais possibilidades, ou seja, do uso dos princípios para preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador, em relação a fatos da vida que por ele não foram regulamentados, o magistrado poderá formar sua convicção e bem decidir o caso em concreto.

E, nesse contexto, visando a solucionar o eventual conflito de princípios que se relacionam aos direitos fundamentais, é que deverá o juiz, quando vislumbrar tal impasse, justificar sua decisão tendo como norte a proteção daquele com maior relevância *in caso*, já que os princípios são diretrizes normativas axiologicamente superiores (às regras) – fonte máxima para o intérprete, como preleciona Juarez Freitas.

⁴² ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 16, 1996, p. 39-58.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional (Profili del Diritto Civile)*, trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.3.

O que se reflete é sobre a possibilidade de o Poder Judiciário – em caso de condenação do agente, e apenas em algumas situações especiais, quando fixar entendimento de haver grave violação a Direito, notadamente a Direito Fundamental, por exemplo – possa fixar o valor a ser pago por aquele. Para além da indenização ou compensação, não necessariamente indo para a vítima, mas órgãos, “fundos”, instituições, enfim, que tenham vinculação temática com o bem ofendido. O objetivo de punir o agente – e/ou evitar que esse ou qualquer outra pessoa pratique semelhante conduta – viria pelo Magistrado, na justificativa do *decisum* com base na hermenêutica jurídica, utilizando não só a Constituição e as Leis, mas também as demais fontes do Direito.

No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, alguns aspectos deveriam ser considerados, então, antes de se fixarem as prestações com finalidade de punir e dissuadir, para que o julgamento estivesse compatível com o raciocínio feito neste trabalho desde o início.

E, superada a discussão sobre o tema específico da natureza e possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro, ainda restaria a polêmica em torno da sua quantificação.

Nos Estados Unidos, a análise do cabimento e a quantificação das prestações, conforme referido anteriormente, são tarefas atribuídas aos júris populares, na maior parte dos Estados, formados por cidadãos, em regra, leigos em ciências jurídicas, sem domínio da técnica legislativa e jurídica; portanto, capazes de expressar apenas juízo de valor empírico, sem fundamento científico sobre as normas.

Os precedentes jurisprudenciais acerca da fixação da indenização por arbitramento, bem como a doutrina especializada sobre o tema indicam que o juiz deve fazê-lo na própria sentença condenatória⁴⁴, sendo que o mesmo poderá ocorrer com os “danos punitivos”.

E, para tanto, crucial destacar ser prescindível que a parte (autor da ação) peça na inicial a condenação às referidas prestações, até porque indiferente ao autor da demanda tal resultado, já que não se trata de vingança privada, nem tampouco de “loteria esportiva”, ou ainda enriquecimento ilícito, o que se busca com o instituto, como já referido.

Incumbe, sim, ao Magistrado, havendo ou não o pedido, mas justificando expressamente a necessidade de se adotar no caso em concreto, com vistas a concretizar direito fundamental e a observância do regime democrático, face às suas peculiaridades, aplicar ou não as prestações punitivas.

A questão já fora bem colocada por Martins-Costa e Pargendler, quando do surgimento do debate sobre o tema, ao referirem que

⁴⁴ “[...] o arbitramento da indenização por danos morais pode, sim, ser feito desde logo, mesmo que haja pedido para que o quantum seja apurado em liquidação, “buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 331.295, SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 04 fev. 2002. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 309.117-SP. Relator: Ministro Ari Pargendler).

a doutrina dos *punitive damages* exige, como se viu, outros critérios – bem mais rigorosos -, não podendo ser diferente, sob pena de o instituto ser inútil aos próprios fins que persegue. Mesmo na presença de uma base filosófico-cultural eminentemente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível – para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil com a punição/prevenção - a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude, etc.) a marcarem a conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, para além de tornar-se um jogo de azar⁴⁵, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiperprevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva.

Nos casos em que há exagero nas condenações do dano moral, por exemplo, tem o Superior Tribunal de Justiça exercido com presteza a revisão dos valores, de modo a adequá-los a parâmetros razoáveis segundo aqueles critérios por eles mesmos estabelecidos previamente.

É preciso confiar, por isso tudo, que os juízes possuem, antes de mais nada, o bom senso suficiente e o necessário equilíbrio para o arbitramento das prestações. Afinal, quando o juiz, por exemplo, arbitra os honorários do advogado, nos termos dos artigos 22, §2º, da lei 8.906/94, ou na forma do Código de Processo Civil, nada há de errado e nem se visualiza arbitrariedade nisso. Portanto, não há porque permanecer a crítica ou dúvida acerca da legitimidade das decisões quando embasadas em critérios de equidade e observado o princípio da razoabilidade – estes, aliás, parâmetros já utilizados na Common Law e no sistema Italiano ao referir o instituto punitivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea a cada dia se torna mais complexa, e, ao mesmo tempo, o conhecimento, a ciência e a tecnologia, mais difundidos em nível global. Quer se dizer que o discurso da falta de base legal para a evolução do Direito, quando se trata de tutelar mais que Direitos– valores de extrema relevância para um país em determinado momento histórico –, não pode impedir que o dano seja integralmente reparado, tampouco que a grave conduta do agente que age em dissonância com esses valores passe incólume.

Se o Direito Penal caminha para sua intervenção cada vez menor na sociedade, haja vista a preservação do Direito Fundamental à Liberdade, como se pode mitigar a conduta recalcitrante ou indiferente de pessoas, físicas ou jurídicas, que denotam indiferença com seu comportamento aos Direitos de outros?

Portanto, apesar de o debate ser longo e *de lege ferenda*, seguirá sendo não só no Brasil, como visto, mas em muitos países, o Superior Tribunal de Justiça, neste momento, clareou o entendimento de que o instituto dos *punitive damages*, por si só, não ofende a Ordem Jurídica brasileira.

⁴⁵ Não se determinando, por exemplo, que critérios deveriam existir para justificar a relação entre o dano e o *quantum* da indenização punitiva. apud: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n.100, 2005.

Nesse sentido, entende-se que a doutrina vem caminhando de forma mais célere, sinalizando tais possibilidades, inclusive a autora, que acompanha a experiência de outros países, os quais vêm percebendo a necessidade de constante aprimoramento e revisão de institutos clássicos do direito para fins de adequação do sistema jurídico à realidade social contemporânea.

Doravante, entende-se que o próximo passo seria delinear alguns pressupostos para a aplicação dos *punitive damages* no Brasil, visando a atingir não só a necessária segurança jurídica, mas também a equidade nas decisões, princípios inafastáveis de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive Damages e sua aplicabilidade no Brasil*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051> Acesso em 05 de dezembro de 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil - Teoria & Prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo. Atlas, 2021.

DAVID, René. *O Direito Inglês* (Tradução Eduardo Brandão; Revisão técnica e tradução Isabella Soares Micalis). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 3, n. 18, p. 29-68, nov. 2007

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.

HAWLEY, Donna Lea. Punitive and aggravated damages in Canada. *Alberta Law Review*, v. 18, n. 3, p. 485-508, 1980. Disponível em: <https://doi.org/10.29173/alr2200> Acesso em 12 de dezembro 2022.

KOENIG, Thomas H.; RUSTAD, Michael L. *In Defense of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2001.

MANENTE, Luís Virgílio Penteado; BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. Os Danos Punitivos do Direito Norte Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-carater-punitivo-da-indenizacao-por-dano-moral-nos-eua/> Acesso em: 05 de dezembro de 2022.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n.100, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; Correia, Atalá. *A Fixação do Dano Moral e a Pena*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br> Acesso em: 05 de dezembro de 2022.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional (Profili del Diritto Civile)*, trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONZANELLI, Giulio. I Punitive Damages, il caso Texaco e il Diritto Italiano. *Rivista di Diritto Civile*, v. II, 1987.

POSENATO, Naiara. A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IV, n. 7, p. 467-479, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-viii/direito-privado/a-suprema-corte-di-cassazione-e-o-revirement-sobre-os-danos-punitivos-na-italia-algumas-annotacoes/> Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 16, 1996.

ROSENVALD, Nelson. A etiologia dos *punitive damages* nos Estados Unidos e Inglaterra. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, Editorial, v. 4, n. 1, p. V-XVI, jan./abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W., et al. *Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil*. Da reparação à punição e dissuasão. Os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

Recebido: 28.12.2022

Aprovado: 22.02.2023

Como citar: VAZ, Caroline. Reflexões acerca da compatibilidade dos *punitive damages* com o sistema jurídico brasileiro, após recente decisão de homologação de sentença estrangeira no Brasil pelo STJ. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 62-81, maio/ago. 2023.

