

A Função Punitiva da Responsabilidade Civil Brasileira nas Indenizações por Dano Extrapatrimonial

Rhenne Hamud Hamud¹

Fernanda Schaefer Rivabem²

Resumo

A função punitiva da responsabilidade civil é matéria controvertida na doutrina brasileira. O avanço social, notadamente industrial, permitiu a adoção crescente de tendências que deixam de levar em conta a conduta do agente ofensor, para observar o dano gerado e a necessidade de reparação, em virtude da flexibilização do elemento culpa. Para analisar o avanço e crise da responsabilidade civil é necessário compreender a perspectiva pela qual caminha o instituto. A demonstração dessa crise, aliada à aplicação desordenada da jurisprudência quanto à função punitiva da responsabilidade civil é tema que deve ter o devido enfoque, ao contrário de ser negado por parcela importante da doutrina nacional. A utilização do princípio da boa-fé objetiva pode ser útil à correta aplicação do instituto, para que a função punitiva seja adotada corretamente, como a reprovabilidade da conduta do agente ofensor a ser identificada nos danos extrapatrimoniais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Objetivação; Subjetiva; Direito de Danos; Boa-fé Objetiva; Função Punitiva.

Abstract:

The punitive function of tort doctrine is a controversial issue in Brazil. The social advancement, especially industrial, allows the increasing adoption of trends that fail to take into account the conduct of the offending agent, to observe the damage and the need of repair. To analyze the development and tort doctrine crisis is necessary to understand the perspective that go through the institute. The demonstration of this crisis, coupled with the disorderly application by the jurisprudence is an issue that should have the proper focus, as opposed to being denied by a significant portion of national doctrine. The objective good faith value may be useful to correct this practice, so that the punitive function is adopted due to the character, like the disapproval of the conduct of the offending agent, to be identified in cases of non patrimonial damages.

Keywords: Liability; Objective; Subjective, Tort doctrine, Good Faith; Punitive Function.

¹ Advogado em Paranaguá/PR, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, 2008.

² Advogada em Curitiba/PR, Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde graduou-se em 2000 e obteve o título de especialista em Direito Processual Civil em 2003.

1. Introdução

O tema objeto de estudo visa evidenciar uma verdade, existe função punitiva na responsabilidade civil brasileira, quando se analisam casos de danos extrapatrimoniais.

Ao analisar a evolução do instituto da responsabilidade civil e sua trajetória para um novo modelo de responsabilização, verifica-se também sua crise por não conceder resposta efetiva ao jurisdicionados.

Buscar-se-á demonstrar a dualidade culpa-risco, de forma que é importante indagar até que ponto pode a sociedade ignorar a censurabilidade da conduta daquele que pratica o ato ilícito.

Casos de responsabilidade objetiva não serão objeto de análise, uma vez que compreendem casos expressamente previstos na legislação, apesar de serem brevemente citados no decorrer do presente estudo. Então, pretende-se perquirir se a análise de valores principiológicos, sem os quais a concreção dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana jamais poderiam ser interpretados e aplicados sob o prisma da solidariedade, são úteis ao desenvolvimento do tema.

O princípio da boa-fé objetiva, com maior ênfase, é instrumento inerente a esse processo de evolução social pelo qual passa o Direito Civil e seus institutos, uma vez que do princípio privado emanam normas de conduta a serem observadas por todos.

Por fim, se pretende evidenciar a existência da função punitiva na responsabilidade civil brasileira, notadamente quanto aos danos extrapatrimoniais, como forma de punir o agente ofensor, bem como uma série de contrariedades e dúvidas que permeiam sua prática nos tribunais.

Longe de pretender esgotar o assunto, salienta-se que o presente trabalho visa apresentar uma realidade, bem como apontar o início de um caminho, ainda longo é verdade, em busca da concreção de valores sociais aparentemente esquecidos, a fim de tonar o instituto mais adequado a novas demandas.

2. Da Responsabilidade Civil ao Direito de Danos

O instituto da responsabilidade civil está em constante transformação a fim de responder satisfatoriamente os anseios da sociedade contemporânea, o que ainda parece distante.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta três requisitos necessários a ensejar a ocorrência do instituto, quais sejam: dano, conduta ilícita ou ato previsto em lei como de responsabilidade objetiva e nexo de causalidade entre os dois primeiros requisitos (Roberto Altheim, 2010, p 14).

Tratando-se de danos à honra, ou direitos personalíssimos, a questão ganha contornos claros, como, por exemplo, as questões da prova do ato ilícito e a culpa do agente ofensor como elemento para invocar a aplicação da responsabilidade civil.

O elemento culpa encontra-se, atualmente, apenas escrito no ordenamento jurídico, em virtude da ampliação das situações que admitem responsabilização objetiva, notadamente quanto aos direitos personalíssimos, pois deixam de indagar a conduta do agente ofensor e olham para o prejuízo material da vítima.

Classicamente, Washington de Barros Monteiro (2003, p. 448) definiu a responsabilidade civil como a busca do “restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio [...], dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*”.

Em linhas gerais, a responsabilidade civil impõe ao cidadão a afirmação de que, se causar algum dano a outrem, haverá de indenizar e assim preservar o patrimônio material e moral do indivíduo abalado com a prática de algum ato ilícito.

Então, descumprida a regra e ocasionado dano ao patrimônio individual ou coletivo, material ou intelectual, surge para o ofensor o dever de repará-lo, a fim de restabelecer a almejada paz social e o equilíbrio nas relações jurídicas.

Rui Stoco (2004, p. 120) ensina que a responsabilidade é uma “obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”.

Se a responsabilidade civil constitui uma obrigação de não lesionar, com base em dever implícito ou expresso em lei, os atos ilícitos deveriam estar expressamente previstos na legislação.

Ocorre que assim não o é e o contrário nem poderia ser verdadeiro. O que há, em se tratando de atos ilícitos, é a redação do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual o ato ilícito é a violação de direitos de outrem, com a ocorrência do dano, mesmo que puramente moral, oriunda de uma ação ou omissão voluntária, negligente, imprudente ou imperita do ofensor.

Na sequência, o Código Civil Brasileiro afirma ser abuso de direito (artigo 187 do Código Civil Brasileiro) o ato ilícito praticado em excesso pelo titular de um direito, exercido contrariamente aos limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé e bons costumes. De fato, exacerbar-se no exercício de um direito, invadindo a esfera de liberdades e garantias de terceiros, é afronta capaz de gerar danos suscetíveis de reparação. Como leciona Washington de Barros Monteiro (2003, p. 446),

Os novos inventos, a intensidade da vida e a densidade das populações aproximam cada vez mais os homens, intensificando suas relações, no plano real e virtual, o que acarreta um aumento vertiginoso de motivos para a colisão de direitos.

Ao voltar rapidamente os olhos para o passado, vê-se que desde tempos remotos a formação social preocupa-se em reparar o dano causado, seja ao indivíduo seja a coletividade, sempre calcado na existência de ato ilícito. Assim, novos atos ilícitos surgem e possuem, mesmo que implicitamente, possibilidade legal de reparação.

É o que tem ocorrido desde a tomada do poder pela burguesia. As relações interpessoais aumentaram uma vez que o exercício das liberdades individuais fora garantido pelas legislações. Eram contratos de trabalho, de compra e venda, realizados ainda em pequenas fabriquetas têxteis que surgiam, por exemplo.

A ocorrência dessa constatação histórica permitiu que os cidadãos, formalmente iguais, praticassem seus atos com a devida segurança, sem interferências da Igreja ou da Coroa (Roberto Altheim, 2010, p. 60).

Para conquistar seu desiderato, o juiz fora transformado em simples 'boca da lei', a quem caberia somente aplicar a norma jurídica, previamente descrita no ordenamento, ao caso apresentado. O período é denominado pelos doutrinadores

de 'era da segurança', em que se promulgaram legislações com esse fim, tais como o *Code Napoleon* e o BGB [Código Civil Alemão] (Roberto Altheim, 2010, p. 62).

Entendiam os juristas, como ainda alguns o fazem, que as regras contidas no ordenamento eram suficientes para regular qualquer espécie de conflito, descabendo realizar interpretações além da gramática e da lógica (Roberto Altheim, 2010, p. 64).

O traço de subjetividade era marcante em referidas ordenações, tanto que se desenvolveu durante a era da segurança a complexa teoria da culpa. O Código Civil Brasileiro de 1916 também fora inspirado nesse sistema, das codificações oitocentistas, razão pela qual são exigidos os três requisitos já anunciados para a aplicação da responsabilidade civil.

José de Aguiar Dias (1997, p. 45-46) em análise ao Código Civil Francês e sua doutrina observou que a responsabilidade civil para aquele sistema jurídico era fundamentada na culpa. Contudo, diferentemente do que aqui ocorre, o elemento culpa possuía traços de subjetividade diferentes, notadamente em função do uso do termo *faute*. O sistema de responsabilidade civil alemão, continua José de Aguiar Dias, é subjetivo, ou seja, calcado na culpa. Entretanto, outros temperamentos são utilizados na Alemanha, de forma que tratam de conferir caracteres objetivos ao elemento culpa, tais como: *dolo malo*, culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*.

Sucintamente, culpa *in abstracto* e culpa *in concreto* se distinguem, pois no primeiro não se analisa a situação fática em si, o objeto de investigação será a conduta do agente na condição de homem médio, ou seja, se extrapolou ou não o comportamento minimamente exigível de uma pessoa dentro de certa sociedade. A culpa *in concreto* a seu turno, investiga a situação fática propriamente dita, como por exemplo, se o autor de dano causado em via terrestre fora negligente ou imprudente ao cruzar uma rua ou avenida sem atentar-se à sinalização de trânsito (Rita Marasco Ippólito, 2005, p. 92).

O *dolo malo*, por outro lado, nada mais é senão a própria vontade do autor do dano, seu propósito danoso para a prática do ato ilícito.

O presente estudo não se presta a analisar cada fragmento da culpa *lato sensu*, como fundamento da responsabilidade civil, mas evidenciar que este elemento está diretamente ligado à verificação da responsabilidade civil e sua aplicação ao caso concreto, apesar da crescente objetivação da responsabilidade.

As dificuldades que se apresentavam em demonstrar a culpa do agente ofensor eram tamanhas que os legisladores passaram a admitir casos de responsabilização independente de culpa, ou seja, responsabilidade objetiva, principalmente quando se considera a teoria do risco.

Apesar das interpretações extensivas que foram conferidas à teoria do risco, Alvino Lima (1938, p. 87 *apud* José de Aguiar Dias, 1997, p. 50) destaca que

[...]; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena; Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.

Após analisar detidamente as lições da doutrina francesa e alemã, conclui José de Aguiar Dias ser a teoria do risco, em verdade, mais democrática, pois antes de indagar acerca da culpa do agente ofensor, determina o ressarcimento dos danos causados por razões de risco ao direito de outrem, e, via de consequência, à coletividade. Ampara seu pensamento o fato da própria teoria subjetivista admitir casos de responsabilidade, mesmo quando não haja qualquer elemento, seja moral ou legal, que afaste a licitude do ato danoso praticado. (José de Aguiar Dias, 1997, p. 72).

Em retorno a realidade brasileira, o Código Civil de 2002 anunciou a regra geral da responsabilidade civil no artigo 186, quando ao definir ato ilícito adota a teoria subjetiva, como o Código de 1916 fazia.

O artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, ao iniciar o título da responsabilidade civil, determina ao agente praticante do ato ilícito o dever de indenizar, ressaltando em seu parágrafo único a existência de hipóteses em que será admitida responsabilidade, independente de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a natureza da atividade do agente ofensor, normalmente, causar danos aos direitos de outrem.

Como se vê, a teoria clássica, subjetivista, encontra lugar de destaque no sistema de responsabilidade civil brasileira, contudo, não afasta a teoria do risco, ou responsabilidade objetiva pura, desde que haja previsão legal.

Sobre essa curiosa observação, Rui Stoco (2004, p. 132) defende ser o sistema brasileiro de responsabilidade civil baseado na teoria subjetiva, em que “o Estatuto de 2002 manteve a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar”, mesmo reconhecendo que o Código atual ampliou sensivelmente as hipóteses de imputação objetiva da responsabilidade.

Gustavo Tepedino (2003, *apud* Rui Stoco, 2004, p. 132), a seu turno, entende haver no Código um critério dualista, como evidenciado anteriormente, razão pela qual não se pode falar na adoção de uma teoria em detrimento de outra.

Toda a discussão criada em torno dos caracteres subjetivo ou objetivo da responsabilidade civil, deve agora levar em conta a figura da pessoa, como sujeito de direitos. Clayton Reis (2002, p. 12) afirma essa importância, pois a responsabilidade civil e a conseqüente obrigação de indenizar têm lugar quando padrões de conduta social encontram ofensa por atos desconformes. Salienta o jurista que,

[...] norma (jurídica) impõe um modo de agir das pessoas que vivem em sociedade, cujo parâmetro consistente no *bonus pater familia* representa um modelo comportamental do indivíduo no meio social. Afinal, a pessoa é o componente mais importante no ambiente coletivo [...]

Como já salientado, a hermenêutica cerrada das legislações da era da segurança trouxe um modelo de responsabilidade que não considera o indivíduo em si, mas o que vive as hipóteses previamente definidas pela legislação. Luiz Edson Fachin ensina que os modelos *standards* criados pela lei, na ‘era da segurança’, perderam concretude diante da alteração da realidade, o que transformou o Direito numa pseudociência. (Roberto Altheim, 2010, p. 70 *apud* Luiz Edson Fachin, 2003).

Com efeito, o Anderson Schreiber (2005, p. 59) identifica a crise pela qual passa a responsabilidade civil e indica cinco tendências para esse instituto, sendo uma delas, ora objeto de estudo, a “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”.

Para o autor, essa tendência representa a flexibilização dos elementos culpa e nexo causal, antes interpretadas pelos juristas como *prova diabólica*, em que se desloca o foco da responsabilidade civil para o elemento dano e, conseqüentemente, formas de reparação integral ao ofendido, sem perquirir acerca da conduta culposa do agente ofensor.

O direito de danos, portanto, pretende ultrapassar a discussão entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, para com outro foco de interpretação, admitir uma solução a partir da análise dos fatos e necessária reparação dos danos. É a conjugação da interpretação lógica e dedutiva, característica das ordenações da era da segurança, com a interpretação tópica e indutiva, em que o caso concreto receberá a solução jurídica que a ele melhor se amolda.

A conjugação dos vetores interpretativos não retira a noção organizacional e sistemática da legislação, uma vez que a valoração tópica só pode ocorrer após a prévia escolha das opções legislativas colocadas à disposição do aplicador do Direito, não havendo o que se falar em ausência de segurança jurídica (Roberto Altheim, 2010, p. 82).

No campo da responsabilidade civil, a utilização também da interpretação tópico-indutiva permite afastar seus pressupostos tradicionais, como o ato ilícito, por exemplo, para concretizar valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

A teoria da responsabilidade civil, a partir deste modelo interpretativo, afasta-se do modelo fechado de antigamente, para considerar os vícios sociais, a partir de novos pressupostos ao dever de indenizar e assim permitir a criação de uma solução mais adequada ao caso concreto, superando-se, a guisa de exemplo, a dualidade culpa-risco.

Assim, caminha a responsabilidade civil para a concepção do Direito de danos, em que, antes de averiguar se há culpa na atitude do agente ofensor, o Direito preocupa-se em repor ao ofendido a diminuição que sofreu em seu patrimônio, material ou moral.

O Direito de danos, nova visão que por alguns se pretende dar à responsabilidade civil, visa operar o mesmo instituto jurídico com diferentes pressupostos, com vistas à consecução do mesmo fim, qual seja, reparar. No entanto, o Direito de danos deixa de se preocupar com a conduta do agente ofensor

e sua reprovabilidade, para pensar somente no dano e sua reparação, o que impede seja investigada a exata extensão do dano.

A reprovabilidade da conduta praticada pelo agente ofensor é ultrapassada, ou seja, sequer cogitada, o que impede a análise dos critérios subjetivos, por mais objetivos que sejam, como aqueles que emanam do princípio da boa-fé objetiva, inexistindo lugar para função punitiva, nesse cenário específico, ao contrário do que praticam os tribunais.

3. O Princípio da Boa-fé Objetiva como Norteador da Responsabilidade Civil

A partir da caminhada da responsabilidade civil ao Direito de danos, sendo relegada ao passado a ideia de culpa para a reparação de danos, faz-se necessário, antes de passar à verificação da função punitiva da responsabilidade civil, observar como e em que grau incide o princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas interpessoais.

Referida análise, vale frisar, interessa para melhor compreender a forma pela qual pode haver indenização, sem perquirir o elemento volitivo na conduta do agente ofensor, bem como para identificar as formas pelas quais pode se dar a responsabilidade civil, hodiernamente, e analisar suas funções.

Assim, compete estabelecer, de início, como bem o faz Judith Martins-Costa (2000, p. 382), o papel do princípio da boa-fé objetiva na sociedade pós-moderna. Sustenta que o princípio,

[...] desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários. [...].

Sob esta ótica, a compreensão sobre o princípio da boa-fé objetiva desempenha papel indispensável ao operador do Direito, na análise dos atos praticados na sociedade.

O princípio da boa-fé objetiva há de ser encarado como fonte de obrigações, desde o momento inicial do contato entre as pessoas até sua fase pós-contratual. Aliás, já dizia Clóvis V. do Couto e Silva (2007, p. 33-36),

[...]. Com relação ao [Direito] das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. [...] o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou á boa-fé. [...]

Em análise ao Código Civil Brasileiro, percebe-se nitidamente a presença desse valor, com suas funções bem delineadas. Assim, veja-se o artigo 422 do Código Civil, em que há determinação expressa às partes contratantes para que observem a probidade e a boa-fé nos atos que praticam.

Essa é a função integrativa do princípio, como ensina Clóvis V. do Couto e Silva, pois, além das obrigações pactuadas livremente entre as partes, outras emergem, como ver-se-á adiante.

Então, interessa expor, como o faz Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a função supletiva do princípio da boa-fé objetiva, que, como a função integrativa antes alinhavada, cria deveres secundários aos contratos, verdadeiras obrigações que, além de suprimir dúvidas, evidenciam obrigações implícitas, notadamente quanto à conduta do agente, tanto na fase pré-contratual quanto na pós-contratual, e, por óbvio, durante a execução contratual (Cláudio L. B. de Godoy, 2009, p. 78).

Humberto Theodoro Junior (2004, p. 22-23) leciona que o princípio da boa-fé objetiva possui outras duas funções, a interpretativa e a limitativa, notadamente quando se analisam os artigos 113 e 187 do Código Civil, respectivamente. Com razão o professor, ao analisar essas normas, de fácil percepção que o princípio da boa-fé objetiva trata-se, antes de tudo, de análise da 'conduta negocial'.

Em se tratando de norma de conduta, ou comportamento, a sua inobservância gera, diante da existência de um dano em determinada relação jurídica, responsabilidade para a parte que deixou de observar a regra implícita ao convívio social. Referida responsabilidade, frise-se, não é objetiva, mas do contrário, subjetiva, pois calcada na conduta do agente ofensor.

Genericamente, Judith Martins-Costa (2000, p 439) pontua sete deveres anexos, a título exemplificativo, que podem ser interpretados e integrados a cada caso singular. São eles os deveres de: i – cuidado, previdência e segurança; ii – aviso e esclarecimento; iii – informação; iv - prestar contas; v – colaboração e cooperação; vi – proteção e cuidado com a pessoa e a contraparte, e; vii – omissão e segredo.

Assim, quando se fala em responsabilidade civil subjetiva, aquela que busca investigar a vontade na conduta do agente ofensor, interessa observar se este obrou em detrimento do princípio da boa-fé objetiva, para que, em sendo positiva a resposta, determinar a aplicação da responsabilidade civil e sua função reparadora, e pedagógico-punitiva, se for o caso. Não se trata de hipótese nova ao Direito, Couto e Silva (2007, p. 40) já explicava que

[...] O conceito de dever secundário é mais amplo que o de culpa, embora entre ambos existam pontos de contato. [...] O comportamento que o direito valoriza é o de ambos os partícipes. Compreendida a relação jurídica como um todo, a liquidez do princípio da culpa vai encontrar sua justa medida na contemplação da conduta do outro figurante.

Possível inferir, portanto, que se a responsabilidade subjetiva pretende descobrir se o agente ofensor obrou com culpa na prática de determinado evento danoso, a resposta se mostrará afirmativa caso haja infração a alguns dos deveres anexos já pontuados.

Dessa feita, a responsabilidade civil subjetiva, na perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, ganha contornos mais objetivos de aferição da conduta do agente ofensor e, conseqüentemente, do dever de indenizar.

A construção do Direito de danos, como resposta às necessidades sociais em matéria de responsabilidade civil, apesar de ser de grande valia acadêmica e doutrinária, se mostra desnecessária diante de poderoso instrumento como o princípio da boa-fé objetiva, inclusive para a necessidade de averiguar se é caso de aplicação da função pedagógico-punitiva à responsabilização do agente causador do dano, uma vez que sua conduta, mais precisamente sua vontade, é objeto de análise e capaz de ser aferida.

A partir da compreensão da crise da responsabilidade civil, é possível perceber tanto a ampliação dos casos de responsabilidade objetiva, casos ligados à

teoria do risco, quanto a flexibilização dos elementos culpa e nexos causal, em trajetória ao Direito de danos, ou seja, pensa-se a responsabilidade civil sem limites bem definidos.

Anderson Schreiber (2005, p. 59) salienta que a responsabilidade civil

[...] não deve ser de limites, mas de função. [...] A tarefa de selecionar os interesses dignos de tutela, embora relevantíssima, permanece, hoje, exclusivamente a cargo do magistrado, que opera, à falta de subsídios da doutrina, uma seleção *in concreto*, muitas vezes sem referência a qualquer dado normativo, solução esta que, além de desconfortável em sistemas romano-germânicos, implica em inevitável incoerência e ignorância no tratamento dos jurisdicionados, trazendo o risco, mais grave e cruel, de soluções que impliquem a restrição ou negação de tutela à pessoa humana.

Disposta como está a matéria, inexistente dúvida de que a responsabilidade civil deve ater-se, justamente em atendimento ao artigo 944 do Código Civil Brasileiro, à reparação integral do ofendido, o qual só será completo se verificada, na prática, a intenção danosa ou culposa do agente ofensor.

4. Função Punitiva da Responsabilidade Civil

Tratar de função da responsabilidade civil é matéria que causa ainda acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais, havendo quem defenda função unicamente reparatória, como visto no início, mas, por outro lado, existem aqueles que entendem a existência da função pedagógico-punitiva.

Não raro as demandas judiciais que envolvem o tema buscam mais que a reparação da diminuição patrimonial sofrida pela vítima, buscam também uma espécie de indenização pelo desrespeito e ofensa a direitos personalíssimos, por exemplo.

Nesse caminho, interessa observar que a teoria do risco e crescente objetivação da responsabilidade não dão conta de punir a conduta do agente ofensor. Encaram o dano como risco inerente à atividade profissional, restando a partir de então o dever de indenizar.

Contudo, sob o viés do ofendido, a reparação, se deferida, não será suficiente, pois o Poder Judiciário não olhou para seu sofrimento, do contrário,

cuidou de tratar o dano, sem perquirir o sentimento do ofendido, que seguirá amargurado.

A função reparatória é clara, pelo que já fora exposto, contudo a função pedagógico-punitiva permanece no cerne de discussões que, apesar de profícuas, parecem apontar para caminho bem distante de um consenso.

Para Clayton Reis (2002, p. 201 *apud* Hector Valverde Santana, 2009, p. 195), vige o princípio da ‘unicidade da reparação integral’ e da ‘equivalência relativa’, como forma de apurar a extensão do dano.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 863-864) enumeram seis razões para se desconsiderar a existência de função punitiva da responsabilidade civil, quais sejam: i - ofensa ao princípio da legalidade; ii - *bis in idem*, haja vista a responsabilidade criminal; iii – a indenização, como pena, pode recair sobre outra pessoa que não agente ofensor; iv – pode haver um contrato de seguro entre o agente ofensor e terceiro, o que afasta o caráter punitivo; v – considerando-se o ilícito praticado por serviço público, toda a sociedade poderia ser punida, e; vi – aparente choque com a responsabilidade civil objetiva, pois nesta não há aferição do grau de culpa.

Sem a pretensão de desprestigiar os nominados autores, cabem algumas indagações, como por exemplo, quando o artigo 422 do Código Civil determina que as partes devem observar o princípio da probidade e boa-fé, não estaria claro no ordenamento que a legislação proíbe atos contrários aos bons costumes?

Ou então, se a responsabilidade criminal representaria punição repetida se aplicada em matéria de responsabilidade civil, mesmo que aquela vise recompor o patrimônio social, ao passo que esta se mantém atrelada ao patrimônio individual, qual seria a natureza jurídica das condenações coletivas, recolhidas a um fundo, como as previstas na Lei da Ação Civil Pública? Ou as multas administrativas impostas pelos órgãos de defesa do Consumidor, notadamente o PROCON?

O fato da responsabilidade civil incidir, por expressa disposição legal, sobre terceiros que não o agente ofensor, como a relação empregador-preposto, por exemplo, exerce influência nas funções da responsabilidade civil, mesmo existentes institutos jurídicos como a *culpa in vigilando* e a *culpa in eligendo*?

Assim, o Direito abre margem à discussão por todas as hipóteses antes alinhavadas, restando saber se a extensão do dano, precitada pelo artigo 944 do Código Civil Brasileiro, leva em consideração a pessoa da vítima.

A resposta parece desfavorável, mesmo com a existência de valores constitucionais já consolidados como a dignidade da pessoa humana e da cidadania.

À título de exemplo, os casos de protesto de título de crédito nulo, como uma duplicata, demanda costumeira na prática forense. Em casos tais, o Superior Tribunal de Justiça chegou a editar tabela que visa orientar os julgadores na fixação da indenização, o que faz tábua rasa das diferenças de cada qual na sociedade.

É crível pensar que a aplicação da responsabilidade civil objetiva, além de retirar a necessária investigação da conduta do agente, se dolosa ou culposa, também afasta a possibilidade da vítima ser indenizada a contento.

Um pequeno comerciante, por exemplo, possui uma espécie de dano ao ver contra si protestada uma duplicata nula, em comparação à uma rede de comércio varejista contando com mais de 100 (cem) lojas pelo País, cujo dano seria largamente maior.

Interessante estudo empírico de Flávia Portella Purschel (2007, p. 17-36) revela que a função punitiva tem aplicação na prática, principalmente em demandas de natureza moral, nas quais os tribunais buscam:

- i - punir o agente ofensor;
- ii – prevenção especial, evitar que o agente ofensor reincida no ato;
- iii – prevenção geral negativa, ou seja, evitar que outros pretendem realizar o ato ilícito;
- iv – desnecessária demonstração do prejuízo, bastando violação a um direito;
- v – aferição do grau de culpa do agente ofensor;
- vi – capacidade econômica do agente ofensor;
- vii – lucro visado e/ou obtido com a ofensa.

A autora salienta que os três últimos itens são critérios de dosagem na quantificação das indenizações, aptos a executar os fins aos quais o Direito se propõe. Entretanto, reconhece que pode haver equívocos em sua aplicação, o que obstaculizaria a incidência da função punitiva na responsabilidade civil.

Convém verificar o julgamento de um caso pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionado à distribuição clandestina de *software*, cujo prejuízo ao autor do

programa, distribuído em rede para diversos usuários, sem a devida licença, autorizou a aplicação da função punitiva. Trata-se do Recurso Especial nº 768.783, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. PROGRAMA DE COMPUTADOR (*SOFTWARE*). CONTRAFAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. FIXAÇÃO. LEI N.º 9.610/98. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC.

- A ação de perdas e danos decorrentes de violação a direitos do autor de programa de computador tem fundamento na regra geral do Código Civil (Art. 159 do CCB/1916). Entretanto, os critérios para a quantificação dos danos materiais estão previstos na Lei n.º 9.609/98 (Art. 103).

- Apesar disso, limitar a condenação ao valor equivalente ao número de programas de computador contrafeitos não atende à expressão do Art. 102 da Lei 9.609/98 - "sem prejuízo de indenização cabível".

- A utilização dos softwares contrafeitos em computadores ligados entre si por rede permite que um número maior de pessoas os acesse, autorizando seja majorada a condenação. (Grifos nossos)

No julgamento do caso discutiu-se o *quantum* indenizatório, pois entediam os recorrentes que se mostrava deveras oneroso arcar com cinco vezes o valor de cada programa disponibilizado, sem licença, ainda mais por não haver pedido de indenização por dano moral na lide.

Com sutileza, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça identificou, por meio do acórdão do Tribunal Gaúcho, a intenção danosa praticada pelos Recorrentes, principalmente quando disponibilizaram em rede o programa a um sem número de pessoas. Interessa a expressão cunhada pela Ministra Nancy Andrigui, pois

[...] É dever do juiz julgar rente à vida e atentar para a complexidade de cada conflito, porque poderá ao adotar a forma clássica e literal de julgar, acabar por negar valores imprescindíveis para se fazer a Justiça esperada pelas partes e pela própria sociedade. [...]

Assim, fixada a hipótese de cabimento exclusivo da aplicação do punitive damage, isto é, sobre a violação de relação extracontratual, quando provadas circunstâncias subjetivas do causador, constata-se a sua inoportunidade neste julgamento, posto que o pedido formulado foi apenas de dano material, e, sobre ele não incidem nunca os acréscimos de sanção analisada com ótica do fim pedagógico e repressivo. [...]

Vislumbra-se que dois dos itens antes apontados por Flávia Portella Purschel (2007, p. 17-36) encontram-se presentes neste julgamento, quais sejam: objetivo de punir o agente ofensor e a aferição do seu grau de culpa. O caso demonstrado

chega a admitir a aplicação da função punitiva, em matéria extracontratual, caso fosse requerida na petição inicial.

Portanto, deixar de admitir a função punitiva da responsabilidade civil é fato que não se pode admitir, sob pena de restar afastada de importante movimento da responsabilidade civil.

Sobre o assunto, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 15-32), realizaram estudo de importância salutar ao comparar a função punitiva com o *punitive damages* do direito estadunidense. Salientam as autoras que nos países de cultura anglo-saxã, a figura dos *punitive damages*, o que pode ser compreendido como indenização punitiva, leva em conta critérios subjetivos, como a censurabilidade da conduta do agente, o lucro obtido pelo agente ofensor com o ato ilícito, por exemplo.

Estabelecem um paralelo entre o sistema de responsabilidade vigente nos Estados Unidos e no Brasil, notadamente quanto aos danos extrapatrimoniais, a perceber uma séria de equívocos dos Tribunais Brasileiros ao tentar aplicar o instituto a casos de responsabilização objetiva.

A observação é bastante comum na realidade brasileira, como, por exemplo, no julgamento da apelação cível 817.584-8, proferido pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. No caso uma instituição financeira fora condenada a arcar com danos extrapatrimoniais praticados frente a uma empresa de comércio varejista, em virtude de protesto de duplicata sem causa. No julgamento, o Relator entendeu ser caso de responsabilidade objetiva, conforme artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, quanto à indenização do dano extrapatrimonial, foi claro o acórdão ao manifestar que deve haver razoabilidade, respeitando-se a função reparatória e punitiva.

Outro exemplo dessa incongruência de sistemas está bem demonstrada na obra de Hector Valverde Santana (2009, p. 197), segundo o qual, numa perspectiva consumerista, ou seja, de responsabilização objetiva, e em se tratando de danos morais, há possibilidade de aplicar-se função punitiva, mesmo ausente uma tarifação legal a respeito, devendo o juiz considerar o grau de culpa e situação econômica do ofensor, como forme de arbitrar o valor indenizatório, com viés punitivo.

A função punitiva, como delineada, possui assento em casos nos quais se perquire a subjetividade do agente, mesmo que essa subjetividade esteja sedimentada em valores sociais tidos como objetivos, que é o que se espera pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

5. Considerações Finais

Pelo que se vê, a questão da responsabilidade civil encontra-se em constante transformação e assim deverá ser enquanto houver legislação, pois como os avanços tecnológicos tendem a crescer, os pontos de contato entre os direitos também possui essa perspectiva.

O aumento de casos de objetivação da responsabilidade ou, por outro lado, flexibilização dos elementos culpa e/ou nexos causal, transmudam o foco da questão para outro elemento, o dano, parecendo deixar em segundo plano a conduta do agente ofensor.

A adoção da função punitiva em matéria de responsabilidade civil é fato ao qual o operador do Direito não pode fechar os olhos, sob pena de ausentar-se de importante avanço na interpretação e desenvolvimento da ciência do Direito, notadamente para ampliar o rol de conhecimentos e, quem sabe, avançar na intelectualidade jurídica nacional.

Para compreender o tema, desnecessário conhecer culturas jurídicas estranhas ao sistema nacional, do contrário, antes de buscar fontes externas, deve o jurista conhecer o próprio sistema. O princípio da boa-fé objetiva se mostra instrumento poderoso para nortear a questão, pois, como valor social a permear a legislação, permite integrá-la a qualquer momento social pelo qual há de passar a sociedade. Suas funções supletiva, da qual emanam os deveres anexos, interpretativa e integradora permitem investigar a conduta do agente que pratica o ato ilícito, sem a quase impossível aferição de sua vontade.

Exemplificativamente, no caso do direito autoral do desenvolvedor do 'software', o que permite seja a condenação majorada não é a ligação em rede de vários computadores, capaz de autorizar muitas pessoas, sem licença à utilização do programa. O fundamento para tanto, em obediência ao que já prevê a legislação

nacional [art. 422 do Código Civil Brasileiro], é a infração ao dever de omissão quanto à divulgação ou distribuição clandestina de seu conteúdo.

O trabalho pretendeu exortar o leitor ao raciocínio deste tema, que pode, pelas inter-relações com os demais ramos do Direito, alçar a ciência jurídica a lugares ainda não visitados.

A responsabilidade civil possui função pedagógico-punitiva, pois os tribunais determinam a incidência desta função em ações indenizatórias por dano extrapatrimonial, única forma de punir o ofensor, uma vez que o dano material representa diretamente a diminuição patrimonial sofrida pela vítima.

Para que seja crível a aplicação de função punitiva há que se perquirir se a conduta do agente é reprovável ou outra não lhe poderia ser exigida, ou seja, a subjetividade é necessária para sua adoção.

Casos de teoria do risco e demais casos de objetivação de responsabilidade tem lugar na seara jurídica, porém devem ser aplicados com ressalvas, uma vez que inexistente investigação da conduta, dolo ou culpa, impossibilitando-se, por conseguinte, a aplicação de função pedagógico-punitiva a fato que a própria lei diz independe da conduta do agente ofensor. Como punir alguém por fato que a própria lei diz ser caso de reparação independente de culpa?

Uma flexibilização a contento do elemento culpa, sem transmudá-la completamente para uma objetivação da responsabilidade, pode ser a de considerar os deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva, no contexto fático discutido em juízo, como forma de aferir se houve ou não conduta reprovável. Casos em que se pretende indenização por dano moral diante de uma intervenção cirúrgica mal resolvida, deve se atentar se houve cuidado com o paciente ou desleixo do médico, por exemplo. Por outro lado, em caso de uma indústria de automóveis que produz uma série de veículos com vício no sistema de arrefecimento do motor, dentro de um lote exclusivo de produção, deve se averiguar se houve intenção em prejudicar seus consumidores, mesmo que financeiramente, ou, por outro lado, agiu com toda a previdência possível ao desenvolver e produzir a nova tecnologia.

Inúmeros casos poderiam ser elencados e em todos se percebe que a análise da reprovabilidade da conduta do agente ofensor, a partir dos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva, permite a adoção da função pedagógico-punitiva sem devaneios, como os evidenciados no presente trabalho.

6. Referências

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Responsabilidade Civil. Direito Autoral. Programa de Computador (Software). Contrafação. Indenização. Danos Materiais. Fixação. Lei nº 9.610/98. Honorários Advocatícios. Sucumbência Recíproca. Art. 21 do CPC. Recurso Especial 768.783 – RS (2005/0122490-4). Recorrente Ediba S.A. Edificações e Incorporações Barbieri e Outro. Reocorrido Microsoft Corporation e Outros. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 25 de setembro de 2007. Publicado no Diário da Justiça em 22 de outubro de 2007, p. 247.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10ª Edição. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**: novos princípios contratuais. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

IPPÓLITO, Rita Marasco. **Culpa e risco**: fundamentos ou critérios de responsabilização. **Revista da Escola de Direito**. Pelotas: n. 3(1), p. 77-103, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópico no processo obrigacional. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e ausos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**. Brasília: n. 28, p. 15-32, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. Volume 5: 2ª parte. 34ª Edição: revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível. Ação de Indenização por danos morais. Inscrição no cadastro de proteção ao crédito. Duplicata. Protesto Indevido. Endosso-mandato. Legitimidade passiva da instituição financeira. Nexo causal comprovado. Responsabilidade objetiva e solidária do banco apelado. Pessoa jurídica. Dano moral – ofensa a honra objetiva da empresa recorrente. Súmula 227, do STJ. Obrigação afastada da Apelante de pagamento de custas e honorários de advogado, pelo princípio da causalidade. Quantum indenizatório majorado para R\$ 10.000,00. Apelo provido. Apelação Cível n. 817.584-8. Apelante Bigpasso Comércio de Calçados LTDA. Apelados Banco Itaú S/A e Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina). Relator Desembargador Renato Braga Bettega. Curitiba, 9 de agosto de 2012. Publicado no Diário da Justiça n. 933 em 23 de agosto de 2012.

PURSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. São Paulo: v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Volume II Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Volume 38 (Biblioteca de direito do consumidor).

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 22, p. 59, jul./set. 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.