

DISCIPLINA JURÍDICA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Naiara Guimarães de Cerqueira

Graduanda em Direito, 5º ano/2010

Universidade Salvador - UNIFACS

RESUMO: A partir da investigação da origem da teoria dos *punitive damages*, bem como da sua aplicação no contexto jurídico brasileiro, das resistências apresentadas, as vantagens e eventuais adaptações necessárias à importação do instituto, pretende-se através deste artigo, sem ambição de esgotar os questionamentos que envolvem a matéria, apreciar a aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos *Punitive Damages*; Responsabilidade Civil; Direito Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O instituto jurídico da teoria dos *punitive damages*; 2.1 Conceito e nomenclaturas; 2.2 Propósitos da teoria; 2.3 Caráter excepcional: hipóteses de aplicação dos *punitive damages*; 2.4 A suprema corte norte-americana e os limites aos *punitive damages*; 3 Disciplina jurídica dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro; 3.1 Suporte normativo para aplicação da teoria no ordenamento jurídico pátrio; 3.2 Oposições à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro; 3.2.1 Indenizações exorbitantes; 3.2.2 Enriquecimento sem causa do ofendido; 3.2.3 Risco de produção de resultado social e economicamente danoso; 3.2.4 *Bis in idem*; 3.2.5 Distinção entre Direito Público e Direito Privado; 3.3 Análise dos *punitive damages* na jurisprudência pátria; 4 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante da complexidade das relações ocasionada pela evolução da sociedade, é salutar que o Direito apresente instrumentos aptos a solucionar os conflitos decorrentes dessas relações, de modo a perseguir a paz social. Afinal, não é outra a função primordial do Direito.

Nesse diapasão, temos que a responsabilidade civil também se encontra em constante evolução. Tradicionalmente pautada no modelo de reparação voltada para a compensação das vítimas de danos, o instituto passa, atualmente, por uma crise, uma vez que esse modelo reparatório, por vezes, não se mostra capaz de atender aos anseios sociais, sendo insuficiente para promover efetivamente a satisfação daqueles lesionados.

Diante disso, a visão clássica da Responsabilidade Civil no Direito brasileiro vem sendo modificada, especialmente após a Carta Magna de 1988. Hoje, concebe-se a necessidade de se quebrar o paradigma da responsabilidade civil, de modo a desviar o foco destinado exclusivamente à vítima para se alcançar também o ofensor, considerando não apenas a extensão do dano para fins de quantificação da indenização.

Em sendo assim, desenvolve-se a ideia de se atribuir à responsabilidade outras funções, além da reparatória. Desse modo, a tese mista ou funcional da reparação civil surge para acrescentar as funções punitiva, preventiva e, inclusive, exemplar às indenizações decorrentes da responsabilidade civil.

É justamente nesse âmbito de discussão que brota a necessidade de se utilizar instrumentos eficazes para realizar os objetivos da responsabilidade civil de modo satisfatório. Nesse contexto, a importação de institutos alienígenas, a exemplo dos *punitive damages*, originários do Direito costumeiro, é sugerida como instrumento preventivo e repressivo de práticas ilícitas para se alcançar maior eficácia na tutela dos indivíduos em relação aos infortúnios a que se sujeitam nas relações sociais.

O presente artigo tem por finalidade analisar os reflexos dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro e estudar sua aplicabilidade no Direito pátrio.

2 O INSTITUTO JURÍDICO DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A teoria dos *punitive damages* surgiu, nos moldes de sua forma atual, no Direito inglês do século XVIII, voltada para os casos de malícia, fraude e opressão. Analisando a conjuntura da época, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 18) observam que

No modelo então construído, o autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. [...] Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.

Contudo, apesar de terem a sua origem adstrita ao dano extrapatrimonial e marcada pela função punitiva, os *punitive damages*, atualmente, são estendidos aos danos patrimoniais e gozam de uma função de exemplaridade social, como se demonstrará.

A amplitude de aplicação da teoria, nos dias atuais, é notadamente maior no ordenamento norte-americano. Nessa esteira, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 189-196) esclarece que o âmbito de aplicação da teoria naquele ordenamento pode variar para alcançar praticamente todos os tipos de danos. Na área de responsabilidade civil de produtores e fornecedores – por danos decorrentes de produtos defeituosos, por exemplo, informa que a teoria desempenha um papel de destaque, haja vista que a sua aplicação teve como consequência o aumento na realização de testes das mercadorias nos laboratórios das indústrias antes de serem oferecidas ao consumo.

O autor aponta, ainda, um papel de destaque nos casos em que há *defamation* (afirmações ou declarações que ofendam a reputação de terceiros, ou que afetem a estima, o crédito ou a dignidade da pessoa humana, pela forma escrita ou oral), na responsabilidade civil decorrente de erro médico (*Medical Malpractice*), em casos variados de ilícitos intencionais (*intentional torts*), nos casos de responsabilidade de profissionais em geral (*liability of the professional, fraud*), invasão de privacidade (*invasion of privacy*) assédio sexual (*sexual harassment*), acidentes de trânsito (*transportation injuries*), dentre outros.

Em contrapartida, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 19) advertem que “[...] como regra geral, não é possível a condenação em *punitive damages* por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo [...]”.

Portanto, o domínio da teoria se estende apenas no campo da denominada responsabilidade extracontratual.

2.1 CONCEITO E NOMENCLATURAS

Os *punitive damages* podem ser conceituados de maneira elucidativa e didática, nas palavras de Salomão Resedá (2009, p. 225), como sendo

[...] um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

Além da nomenclatura até então utilizada, a figura dos *punitive damages* pode atender a outras denominações, a exemplo de *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages* e *retributory damages*. (ANDRADE, 2009, p. 186).

Ocorre que, fazendo-se uma equiparação literal da expressão anglo-saxônica para a língua portuguesa, pode-se concluir pela expressão “danos punitivos” como a adequada para se referir aos *punitive damages*. Entretanto, mostra-se falha tal tentativa de tradução, haja vista que passa ao interlocutor uma ideia distorcida do perfil do instituto. Uma superficial análise da nomenclatura proposta faz supor que seria o dano revestido de caráter punitivo, o que seria equivocado e até ilógico. Em verdade, é a indenização imputada ao agressor que assume este caráter punitivo.

Mais adequado, portanto, seria inserir ao vocabulário jurídico brasileiro a expressão “indenizações punitivas” ou “teoria do desestímulo” para se referir aos *punitive damages*. Dessa maneira, há uma melhor adequação entre a nomenclatura e a essência do instituto, deixando claro o seu caráter desestimulador, além da sua função punitiva. Perfilha do mesmo entendimento parte da doutrina, a exemplo de Salomão Resedá (2009), André Gustavo Corrêa de Andrade (2009) e Sérgio Cavalieri Filho (2008).

2.2 PROPÓSITOS DA TEORIA

No que tange às funções atribuídas aos *punitive damages*, nota-se que até meados do século XIX, as Cortes inglesas e norte-americanas confundiam as funções compensatória e punitiva. Nesse sentido, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 18) explicam que nos casos graves de “*mental suffering, wounded dignity e injured feelings*”, atribuíam-se ao sujeito ativo do dano uma elevada indenização a título de *exemplary damages*, com o objetivo de compensar a vítima pelo prejuízo suportado e, também, punir o ofensor pelo ato ilícito.

Entretanto, esta função originalmente compensatória dos *punitive damages* foi desgarrada do instituto, que passou a ter como finalidades precípuas a punição e a prevenção de danos. Portanto, nos dias atuais, pode-se afirmar que tais indenizações punitivas não possuem a finalidade de compensação ou restituição do ofendido.

Mais uma vez atentos ao exemplo da experiência dos Estados Unidos da América, tendo em vista que este foi o país que elaborou mais profundamente a teoria em foco, vale observar a existência de uma espécie de indenização conhecida como *compensatory damages*, atribuída para atender à ideia de compensação. Entre ambos, *punitive e compensatory damages*, não há ligação, convivendo ambas de forma independente. No momento da aplicação, inclusive, não há que se falar em mitigação de uma espécie indenizatória em detrimento da outra.

Na prática, tradicionalmente, cabe ao júri a fixação dos *punitive damages*, devendo os jurados, no momento da avaliação, arbitram inicialmente o valor correspondente aos *compensatory damages*, para somente depois analisar a aplicação dos *punitive damages* e o montante devido¹. (RESEDÁ, 2009, p. 221-222)

¹ Nesse ponto, cumpre observar que a Suprema Corte americana determinou que o princípio do devido processo legal impede que um estado venha a punir o agressor por meio de indenização a título de *punitive damage* quando este não foi o pedido em questão. Em sendo assim, limita-se a liberdade valorativa tradicionalmente conferida aos jurados. Dessa maneira, seria necessária a existência de pedido formulado pelo autor para condenar o réu ao pagamento de indenização punitiva, não cabendo mais aos jurados identificar a necessidade ou não de imposição deste *plus* indenizatório a partir da análise do caso, garantindo, assim, ao

Sendo hipótese de aplicação da teoria, será estipulado um montante indenizatório a título de *exemplary damages*, que será destinado à vítima em acréscimo à parcela indenizatória referente aos mencionados *compensatory damages*. Contudo, este *plus* indenizatório deve ser arbitrado em valor considerado “desestimulante”, vale dizer, suficiente a provocar uma restrição econômica ao ofensor.

Nessa esteira, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 432) aduz que

[...] O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos. [...]

Destarte, importa esclarecer que essa sanção pecuniária imposta ao causador do dano deve ser fixada levando-se em consideração a conduta do ofensor, seja pela sua intenção ao praticar o ilícito, seja pela gravidade do seu comportamento. Nesse ponto, tem-se uma relevante distinção em relação às indenizações compensatórias, haja vista que estas últimas são estabelecidas de acordo com a extensão do dano suportado pela vítima, conforme se esclareceu em explicação anterior.

Desse modo, é possível constatar que, na aplicação das indenizações punitivas, o foco da responsabilidade civil se volta para o ofensor, e não mais para a vítima. Isso possibilita que as indenizações sejam arbitradas segundo um juízo de valor em relação ao comportamento reprovável do agressor, resultando em indenizações em valores diferenciados de acordo com o grau de censura atribuído a cada caso concreto. Em sendo assim, há uma inegável adequação ao princípio constitucional da isonomia, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

Seguindo este entendimento, André Gustavo Corrêa de Andrade (2010, p. 14), afirma que "a imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de

réu a oportunidade de apresentar a sua defesa já devidamente instruída com todos os instrumentos que entender suficientes e necessários para evitar a aplicação do *exemplary damages*.(RESEDÁ, 2009, p. 243)

reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça”.

Daí se extrair a conclusão de que o ordenamento impõe ao ofensor uma penalidade. Dessa maneira, sanciona-se o réu em uma ação civil, preenchendo-se as lacunas da legislação criminal através da punição de condutas que, apesar da sua atipicidade, merecem punição.

Destarte, além da função punitiva, os *exemplary damages* possuem também outro pilar, qual seja, a função de provocar o desestímulo, haja vista que a sanção servirá de exemplo para que o ofensor não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, através da demonstração de que tal comportamento é altamente reprovável e, se adotado, o órgão jurisdicional atuará severamente a fim de impedir novas lesões à esfera de direitos de terceiros².

Assim, pode-se dizer que os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social, além de garantir a imperatividade das normas jurídicas, notadamente no que se refere às garantias constitucionais dos direitos personalíssimos.

Ademais, cabe observar que a existência do ideal de repressão não configura o objetivo central dos *punitive damages*. Vale dizer, a punição conferida ao ofensor é apenas o meio para se alcançar seu objetivo final, qual seja, o desestímulo.

Portanto, à guisa de conclusão, é certo afirmar que os *punitive damages* possuem eminentemente dois propósitos relacionados entre si, quais sejam, um sancionatório e outro preventivo, que visa o desestímulo de novas práticas lesivas através da dissuasão³.

² Nesse sentido, preciosa é a observação de André Gustavo Corrêa de Andrade (2010, p. 14), ao afirmar que “a indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio”.

³ Nesse ponto, cumpre observar que André Gustavo Corrêa de Andrade (2010, p. 15 – 19), traz funções secundárias, eventualmente desempenhadas pelos *punitive damages*, quais sejam: atuação como mecanismo de proteção de consumidores contra práticas comerciais fraudulentas, abusivas ou ofensivas à boa-fé, bem como atuação como medida efetiva para evitar o desrespeito abusivo e habitual às normas laborais e proteger a ordem social.

2.3 CARÁTER EXCEPCIONAL: HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Feitas essas considerações a respeito da teoria em estudo, mostra-se pertinente, nesse momento, destacar o caráter excepcional que reveste o instituto dos *punitive damages*. Sendo assim, não há que se falar em aplicação da indenização punitiva a toda e qualquer conduta ilícita que enseje a responsabilidade civil do seu agente causador. Ao revés, este *plus* indenizatório deverá incidir somente quando a conduta do agente se mostrar especialmente reprovável, tendo praticado conduta considerada grave pelo grau de culpa ou, ainda, pela sua reiteração.

É cediço que apesar de existir no campo da responsabilidade civil a tradicional classificação dos graus de culpa em grave, leve e levíssima, esta distinção não goza de relevância prática, uma vez que o dever de reparar subsiste independentemente de aferição do grau da conduta ilícita praticada.

Todavia, no que diz respeito à indenização punitiva, esta classificação ganha alto relevo, haja vista que só se justifica a imposição de *punitive damages* quando a conduta for dolosa ou praticada com culpa grave, uma vez que o comportamento do agente se mostra especialmente reprovável, apto, portanto, a ensejar a censura do Ordenamento jurídico.

Desse modo, importa, em oportuno, observar que a conduta dolosa consiste naquela em que o agente pratica o ato com consciência do resultado lesivo que sua ação poderá ensejar. Age, portanto, de maneira intencional, porque quis aquele resultado lesivo, o que se denomina dolo direto; ou, ainda que não tenha perseguido tal resultado, demonstrou aceitá-lo ao praticar conscientemente o ato ilícito.

A culpa grave, por sua vez, restará configurada quando a conduta for praticada com grosseira falta de cautela. Vale dizer, o ato ilícito decorre da inobservância de um dever mínimo de cuidado inerente a todos os homens.

Entretanto, é possível a imputação de *exemplary damages* a uma conduta que, quando isoladamente considerada, configure culpa leve, nos casos em que a reiteração da conduta lesiva do agente eleva a gravidade da culpa. Outrossim, deverão ser caracterizadas como culpa grave aquelas

condutas inseridas em um padrão de comportamento lesivo do agressor, independentemente do grau de culpa que lhes seja atribuído quando isoladamente analisadas.

Exemplo⁴ prático do quanto exposto pode ser observado nos caso de empresas que, diante de um cálculo de custo e benefício, optam por continuar, reiteradamente, a causar danos aos seus consumidores, por defeito dos seus produtos e serviços, haja vista ser economicamente mais vantajoso do que aperfeiçoá-los. Muitas vezes, o pagamento das indenizações para reparar esses danos mostra-se mais conveniente do que realizar o aperfeiçoamento necessário para evitá-los.

Em tais casos, mostra-se evidente que tais condutas, ante sua gravidade, merecem uma atuação mais severa do Estado, através da imposição das indenizações punitivas, a fim de demonstrar ao agressor e terceiros, que a prática de condutas semelhantes ensejarão, do mesmo modo, a represália do Ordenamento jurídico. Somente assim é possível se alcançar os objetivos perseguidos pelos *punitive damages*.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar a hipótese em que a obtenção de vantagem econômica indevida pelo agente ativo do dano justifica o ensejo de indenizações punitivas, independentemente da culpa grave. Implica, portanto, em atribuir aos *punitive damages* mais uma finalidade, qual seja, a de impedir o lesante de lucrar com o ilícito.

Entretanto, não se mostra razoável considerar essa obtenção de lucro ilícito como um pressuposto indispensável para a aplicação do *plus*

⁴ Nos Estados Unidos, o caso conhecido como *Ford Pinto Case*, ocorrido em 1972, ganhou repercussão mundial em razão do alto grau de reprovabilidade da conduta praticada pela empresa automotiva *Ford*. Restou provado nos autos do processo que os engenheiros da empresa descobriram, durante testes de colisão, que um acidente envolvendo a traseira do veículo poderia facilmente romper o tanque de combustível e provocar incêndio. Entretanto, tendo em vista que a linha de produção já estava montada, o fato descoberto foi ignorado e a empresa preferiu produzir o veículo como originalmente projetado, disponibilizando-o para consumo. Ocorre que, um acidente envolvendo um desses veículos provocou a morte de Lily Gray e lesões corporais gravíssimas em Richard Grimshaw. O que interessa, e choca, nesse caso, é que a empresa apresentou um documento interno contendo o custo aproximado das indenizações relacionado com o defeito de fabricação do veículo, incluindo as mortes e as lesões corporais. Continha, ainda, o levante dos gastos necessários para corrigir o problema a partir de um *recall* de todos os veículos. O confronto desses dois tópicos possibilitou à empresa concluir que o pagamento das indenizações era muito mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário para evitar acidentes. A empresa foi condenada a pagar US\$ 125.000.000,00 a título de *punitive damages*, valor este que foi reduzido posteriormente para US\$ 3.500.000,00. (RESEDÁ, 2009, p. 233-234)

indenizatório, mas apenas um fator a reforçar a gravidade da conduta. No mesmo sentido:

[...] Com efeito, esta espécie de indenização é aplicável em outras situações, nas quais não se configura essa situação fática. Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da culpa do agente.

[...] Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilicitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. [...] (ANDRADE, 2009, p. 269)

Portanto, pode-se concluir que a indenização punitiva não pode ser ordinariamente aplicada pelo Ordenamento jurídico, mas, ao revés, deverá a mesma incidir apenas nas situações excepcionais, quando justificada pela gravidade e/ou reiteração da conduta reprovável, capaz de provocar instabilidade nas relações sociais. Estes requisitos são essenciais e devem servir de parâmetro para nortear o Magistrado no momento de avaliar a viabilidade de incidência dos *punitive damages*, de modo a garantir a sua correta aplicação e a concretização de suas funções.

Em contrapartida, é possível ampliar esta análise das hipóteses de aplicação da teoria para verificar justamente o oposto, ainda de que forma sucinta, ou seja, analisar as principais hipóteses em que a imposição de indenizações punitivas não se mostra razoável. É o que se fará nas seguintes linhas.

Restou evidenciado, outrora, que os *punitive damages* não se justificam no âmbito da responsabilidade contratual, independente da forma pela qual o contrato tenha sido celebrado.

Outrossim, além desses, também não se mostra razoável imposição desta parcela indenizatória nos casos de responsabilidade objetiva, quando a aferição da culpa se mostra irrelevante para a caracterização de responsabilidade civil. Portanto, considerando que a análise da gravidade da conduta é elemento intrínseco à aplicabilidade dos *exemplary damages*, conclui-se, em primeira análise, que a responsabilidade objetiva, pela sua própria essência, não se coaduna com os fundamentos da indenização punitiva.

No mesmo sentido é o entendimento esposado por Marcela Alcazas Bassan (2010, p. 77):

[...] a indenização punitiva torna-se insustentável, mormente nos casos de responsabilidade objetiva. O direito civil admite algumas presunções que conduzem à responsabilização de certas pessoas por atos praticados por outras. Nesses casos, novamente, aplicação indiscriminada da indenização punitiva representa perigosa ameaça aos jurisdicionados, que podem ver-se penalizados por atos que sequer praticaram.

Entretanto, é importante ressaltar que esta hipótese não é absoluta. Importa em afirmar que mesmo diante de um caso de responsabilidade objetiva, será possível sujeitar o ofensor ao pagamento da indenização punitiva em caso de responsabilidade objetiva, desde que reste provado que este agiu com qualificado grau de reprovabilidade.

De igual modo, nos casos em que o autor do ilícito age com as denominadas culpa leve ou levíssima, via de regra, não há razão suficiente para ensejar a aplicação dos *exemplary damages*, sob pena de se descaracterizar a própria essência e os fundamentos do instituto. Cabe, em oportuno, informar que a primeira se caracteriza quando o ilícito pode ser evitado com a atenção ordinária, própria do homem comum. A culpa levíssima, por sua vez, pode ser definida como a falta de atenção extraordinária, sem observância da máxima diligência.

2.4 A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E OS LIMITES AOS *PUNITIVE DAMAGES*

As supramencionadas hipóteses de aplicação da indenização punitiva não se encontram expressamente sistematizadas em dispositivo legal. São, portanto, estabelecidas segundo a própria lógica e essência do instituto.

Tanto assim o é, que a Suprema Corte norte-americana, diante da necessidade de se alcançar a identificação de um valor indenizatório que se enquadre nos limites do razoável, posicionou-se no sentido de estabelecer alguns parâmetros a serem observados no momento da quantificação. Como se pode extrair das observações de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 19), esses pilares se coadunam com os pressupostos de

aplicação da teoria retro mencionados. Ora, assim não poderia deixar de ser, levando-se em consideração o conceito e finalidades do instituto.

[...] a Suprema Corte houve por bem instituir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos futuros, a saber:

I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to all a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;

II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;

III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Para melhor apreensão da repercussão e relevância da mencionada decisão, faz-se mister observar que no sistema jurídico de *Common Law*, adotado pelo Direito inglês e de outros países de língua inglesa⁵, as decisões ou precedentes judiciais (*precedents*), são fontes primárias que vinculam o julgamento de casos futuros, sobrepondo-se às normas estabelecidas em abstrato nas leis ou outros diplomas normativos emanados de órgãos com competência legislativa⁶. Em sendo assim, as Cortes de Justiça inferiores seguem as decisões anteriormente tomadas pelas Cortes Superiores de mesma jurisdição nos casos em que as circunstâncias de fato forem as mesmas do caso precedente – que funciona como paradigma.

Miguel Reale (2009, p. 158) lembra que o Direito costumeiro é não-escrito, em regra, podendo ser consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos – tratando-se, nesse caso, de um direito desenvolvido por órgão da Administração, e não por órgão legislativo.

⁵ Vale ressaltar que existem países de língua não inglesa, a exemplo da Índia, que adotam conceitos e técnicas características do sistema de *common Law*. Tal fato decorre do histórico domínio econômico e militar da Inglaterra, que exercia influência cultural sobre aqueles.

⁶ Os precedentes terão força obrigatória em relação a um órgão judicial de primeiro grau quando a decisão for proferida por um tribunal, bem como quando for proferida por um tribunal superior em relação a um inferior. Todavia, as regras estabelecidas nos precedentes podem ser modificadas pela corte que proferiu a decisão, ou ainda por uma corte superior.

Feitas essas considerações, pode-se, à guisa de conclusão, apreender que os pilares construídos pela Suprema Corte norte-americana impõem uma notável limitação à atuação do júri no momento de aplicação dos *exemplary damages*. No âmbito das Cortes estaduais, tendo em vista a própria essência e particularidades do sistema jurídico de *common law* e a força dos precedentes nesse sistema, aqui já sucintamente mencionados, as diretrizes firmadas pela Suprema Corte devem ser levadas em consideração para a fixação dos *exemplary damages*.

Em sendo assim, as Cortes estaduais no julgamento dos casos que apreciam, concretizam os mecanismos e limites dos *punitive damages* através da ponderação dos critérios constituídos⁷, garantindo, dessa maneira, o respeito ao princípio do devido processo legal (*due process*).

⁷ “Outros fatores importante para a ponderação judicial consistem nas despesas legais suportadas pelo lesado; a imposição de uma sanção penal sobre o causador do dano; a existência de outras ações pelo mesmo ilícito, a idoneidade da condenação dos *punitive damages* para favorecer transações equitativas e razoáveis, nos casos em que seja patente a responsabilidade do autor do ilícito”. (MARTINS COSTA; PARGENDLER, 2010, p. 20)

3 DISCIPLINA JURÍDICA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 SUPORTE NORMATIVO PARA APLICAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A indenização punitiva não encontra previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Surge daí o entendimento de que o uso da sentença civil para transformar a indenização do dano suportado por alguém em pena, sem expressa autorização legal, ofende a garantia constitucional do *nulla poena sine lege*, cosubstanciada no art. 5º, XXXIX, CF/88. (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 82).

Não cabe ao juiz transmutar o julgamento da ação de responsabilidade civil num instrumento de aplicação de pena ao infrator, se nenhuma lei expressamente autorizou a tanto.

Em nosso sistema constitucional só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato ilícito. Se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima. Nada mais. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 81)

Em verdade, a regra geral prevalecente na responsabilidade civil é a de que a indenização se mede pela extensão do dano, conforme inteligência do artigo 944, do Código Civil de 2002⁸.

Merece transcrição a dicção do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, *in verbis*: "Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". Ao analisar o texto legal, pode-se perceber que há uma importância da culpa do agressor na quantificação do montante indenizatório, desviando-se da ideia tradicional de reparação exclusivamente pautada no dano suportado pela vítima.

Todavia, uma observação mais minuciosa demonstra que este fato não é suficiente para afetar o caráter compensatório da indenização⁹. O

⁸ "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano".

⁹ "A exceção contida no parágrafo é representativa do conflito do legislador entre a tradição jurídica – que, prescindindo do elemento culpa para a fixação do montante indenizatório, associa a indenização ao dano – e a tendência atual de 'repersonalização' do Direito Privado,

que pode ocorrer, nessa hipótese, é parte do dano deixar de ser reparada em razão da desproporção entre a culpa e o dano. Vale dizer, não se autoriza o aumento do montante indenizatório para além do dano, em razão da conduta do ofensor; mas, ao contrário, poderá a vítima receber um valor inferior ao prejuízo, devendo suportar parte da avaria.

Desse modo, resta claro que tal dispositivo não dá azo à aplicação das indenizações punitivas, apesar de poder ser considerado um avanço nessa direção, haja vista que leva em consideração o grau da culpa do ofensor para arbitrar o montante indenizatório, tirando o foco exclusivamente da figura da vítima (pela extensão do dano suportado) e ampliando para considerar também o agressor.

Anderson Schreiber (2009, p. 205), ao tratar da matéria, aduz que

A única exceção ao art. 944 está em seu parágrafo único e vai no sentido de redução equitativa da indenização, quando houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Neste particular, é inevitável concluir que, tendo previsto expressamente apenas a possibilidade de redução, e não de aumento, o novo código civil repeliu a idéia da indenização punitiva.

Entretanto, mostra-se mais acertado o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade, no sentido de que a indenização punitiva encontra seu fundamento, no ordenamento pátrio, na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente nos direitos personalíssimos, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana. O autor declara que

É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. (2009, p. 237)

Nessa esteira, importa observar a ressalva de Aline Lima de Oliveira (2010, p. 11) acerca dos princípios constitucionais:

através da qual se busca valorizar o homem, ainda que em detrimento do patrimônio, com introdução de princípios de equidade”. (ANDRADE, 2009, p. 236)

Na teoria dos princípios, desenvolvida com destaque por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios possuem carga normativa, embora com maior grau de abstração do que as regras. A aplicação destas aos casos *fáceis*, nos quais a simples subsunção é suficiente para o reconhecimento das conseqüências jurídicas previstas, é tranqüila, pois, ou as regras incidem ou elas não incidem sobre os fatos. Todavia, nos casos difíceis, em que as peculiaridades da questão não permitem a pura aplicação da regra, faz-se necessário sopesar o princípio que a justifica e o princípio que põe em dúvida a sua justiça no caso concreto. A diferença lógica entre regras e princípios está, para Dworkin, no fato de que a colisão destes é resolvida com base no critério da *dimensão do peso* e o conflito entre aquelas no da aplicabilidade do tudo-ou-nada.

[...] Os princípios, segundo Alexy, são mandados de otimização, na medida em que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Sendo assim, considerando os princípios como “mandados de otimização”, deverão os operadores do Direito buscar todos os meios possíveis para alcançar a sua efetivação.

É necessário, portanto, que o Poder Judiciário lance mão de mecanismos diversos a fim de implementar esses direitos fundamentais. Quanto ao posicionamento da doutrina e da própria jurisprudência, André Gustavo Corrêa de Andrade observa que há um movimento no sentido de se buscar esse ideal:

[...] Paulatinamente, os operadores do Direito vão abandonando idéias forjadas sob a influência de um Estado liberal, como a do caráter programático das normas (*rectius*: dos textos normativos) constitucionais que cuidam dos direitos sociais. Dissemina-se a idéia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional. [...] (2009, p. 238)

Nesse ponto, faz-se mister observar que o Direito Penal rege-se pelo princípio da legalidade, segundo o qual “à lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima” (JESUS, p. 51). Assim, as sanções penais apenas podem incidir sobre aquelas condutas tipificadas pela legislação específica.

Entretanto, a lei criminal não tem o condão de prever todos os fatos sociais que podem causar danos injustos, mormente as ofensas aos direitos fundamentais, principalmente quando se considera o princípio da intervenção, que “designa a exclusividade da intervenção do Direito Penal para

os casos de violação aos bens jurídicos mais importantes; é a criação da lei penal vinculada ao Direito Penal como *ultima ratio*". (GRECO, 2004, p. 53-54)

Desse modo, as indenizações punitivas se apresentam como um possível mecanismo para garantir a efetividade do direito constitucional à dignidade da pessoa humana e aos princípios personalíssimos, através da punição e, inclusive, da prevenção de lesões a esses direitos.

Dito isto, pode-se concluir que a ausência de autorização expressa em lei infraconstitucional para aplicação de indenizações punitivas, não pode ser considerado um obstáculo para a importação do instituto.

Ora, por todo o exposto, resta patente que o operador do direito não está limitado aos dispositivos legais para buscar a proteção e concretização dos direitos garantidos pela Carta Magna, máxime pela sua relevância. Mas, ao contrário, deverão utilizar todos os meios hábeis ou necessários para alcançar este fim. E, nesse diapasão, o instituto dos *punitive damages* pode servir como uma medida eficaz a evitar lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Por derradeiro, resta salientar a existência do projeto de Lei nº 276/2007, elaborado pelo deputado Leonardo Alcântara, que altera o artigo 944 do Código Civil de 2002, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art.944.
 § 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização;
 § 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. (NR) (BRASIL, 2010)

Se aprovada, sancionada e promulgada a inclusão do § 2º ao dispositivo em foco, será consagrada expressamente a indenização punitiva no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 OPOSIÇÕES À APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, a aceitação de importação da teoria dos *exemplary damages* não se mostra pacífica. A teoria em questão encontra

diversas objeções, sendo necessária para os fins dessa pesquisa, uma sucinta análise de algumas das resistências suscitadas.

3.2.1 Indenizações exorbitantes

A grande projeção dada aos casos de indenizações milionárias¹⁰ concedido pelo júri a títulos de *punitive damages*, principalmente nos Estados Unidos da América, que demonstram desproporcionalidade flagrante em relação à ofensa sofrida pela vítima, fez surgir alguma insegurança e descrédulo na teoria.

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri a fixação dos *punitive damages*. [...] isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister. [...] (MARTINS-COSTA; PAGENDLER, 2010, p. 19)

Naquele Ordenamento, discute-se o valor a ser arbitrado a título de *exemplary damages*, haja vista que, por vezes, o valor da indenização punitiva supera em muito a indenização compensatória. A justificativa para esse fato é que os *punitive damages*, para desempenhar efetivamente suas funções, devem ser arbitrados em um valor desestimulante, vale dizer, que seja suficiente para afetar economicamente o ofensor e, ainda, servir de exemplo para dissuadir a prática de condutas semelhantes por terceiros. Ocorre que, por vezes, esses valores são considerados abusivos.

Evidenciando o posicionamento contrário à aplicabilidade dos *punitive damages* em terras brasileiras sob o fundamento do risco de indenizações milionárias, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 575) afirma que:

[...] é sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias [...]

¹⁰ Exemplos elucidativos são trazidos pela doutrina acerca da questão, a saber: “*McDonald’s Coffe Case*” (ANDRADE, 2009, p. 214-217), “*Curtis Publishing Co. v. Buttus*” (RESEDÁ, 2009, p. 236-237).

Ora, este não aparece um argumento razoável para obstar a importação da teoria. Evidentemente, é preciso levar em consideração que serão necessária determinadas adequações no momento de aplicá-la no ordenamento pátrio, diante das diferenças existentes em relação ao sistema jurídico do *common law*.

É verdade que, conforme exposto no capítulo anterior, o valor indenizatório imputado a título de *punitive damages* é processado paralelamente ao *compensatory damages*, pelo que caberá aos jurados arbitrar dois valores indenizatórios em apartado, incidindo o primeiro apenas nos casos em que a conduta reprovável for grave e/ou reiterada. Considerando a função de desestímulo inerente aos *punitive damages*, é comum que a quantia aplicada seja superior aos *compensatory damages*.

Entretanto, impende salientar que as multimensionadas cifras milionárias geralmente são decorrentes de julgamentos proferidos pelo júri em primeira instância. Deve-se, nesse ponto, evidenciar o fato de que esses valores exacerbados são frequentemente reduzidos pelo próprio juiz togado que preside o julgamento, pela Cortes Superiores estaduais e até pela Suprema Corte, exercendo o famigerado controle de razoabilidade e proporcionalidade sobre tais valores indenizatórios.

No ordenamento jurídico brasileiro, os riscos de indenizações desmesuradas se mostram inferiores, haja vista serem as mesmas arbitradas por um juiz togado, e não por um júri composto de pessoas sem a capacitação técnica e a experiência de um juiz profissional. É cediço que a Constituição Federal atribui competência exclusiva ao tribunal do júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida¹¹. Em sendo assim, a possibilidade de ocorrência de julgamentos passionais é praticamente nula.

Ademais, o duplo grau de jurisdição garante a maior razoabilidade e proporcionalidade dos valores indenizatórios em questão, haja vista a possibilidade de revisão, por duas ou três instâncias, da decisão inicialmente

¹¹ Artigo 5º, XXXVIII, d, CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

[...]

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

proferida pelo juízo *a quo*. Compartilha do mesmo entendimento Salomão Resedá (2009, p. 282):

Quando se fala em aplicação da Teoria do Desestímulo no Brasil, liminarmente deve-se afastar a ideia de indenização graduada a partir da decisão popular. Não cabe ao povo opinar no caso de responsabilidade civil, quanto mais quando se refere ao dano moral. A competência restrita ao magistrado, que reduz, em muito, as arbitrariedades cometidas, e fulmina, por completo, um dos argumentos de competência da doutrina americana.

Portanto, a preocupação com a liberdade conferida ao magistrado na busca pelo valor a título de *punitive damage* sufraga em seus próprios fundamentos. Não há pessoa mais qualificada a determinar a aplicação do ideal de justiça do que o julgador. Ademais, diante do duplo grau de jurisdição é possível consertar qualquer decisão que seja considerada abusiva.

Por fim, é preciso notar que os benefícios trazidos pela aplicação das indenizações punitivas superam eventuais situações teratológicas que venham a decorrer do seu mau uso.

3.2.2 Enriquecimento sem causa do ofendido

O enriquecimento sem causa¹² decorre de um ato ilícito genérico e se limita ao Direito Privado, concretizando-se a partir de diversos fatores, tais como o enriquecimento de uma das partes em detrimento do empobrecimento da outra, injustificadamente. Ao tratar do tema, Adriano Pugliesi Leite (2010, p. 123), informa que “a nomenclatura ‘enriquecimento sem causa’ [...] deve ser diferenciada da expressão ‘enriquecimento ilícito’, utilizada no direito administrativo brasileiro para designar o comportamento ilegal de alguém em face da Administração Pública”.

Os opositores dos *punitive damages*, ao argumentarem o enriquecimento sem causa da vítima provocado pela aplicação da teoria, sustentam que a indenização punitiva constitui valor relacionado com a reprovabilidade da conduta do agressor, e não do dano. Ainda assim, apesar deste fato, a soma indenizatória é destinada à vítima. É o caso de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 575), que afirma:

¹² Artigo 884, do Código Civil: Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

[...] (a aplicação dos *punitive damages*) pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, esse acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.

Entretanto, este não parece ser o entendimento mais coerente, uma vez que, considerando que o arbitramento da indenização decorre de uma decisão judicial, não se pode falar em enriquecimento sem causa, uma vez que esta decisão fundamentada, além da lesão sofrida pela vítima, justificariam este enriquecimento.

Ademais, o argumento se enfraquece ainda mais quando se considera a função das indenizações punitivas de impedir que o ofensor obtenha lucro em decorrência da agressão. Vale dizer, afronta maior ao Direito seria a possibilidade do ofensor se beneficiar da sua própria torpeza; mas aceitável é a idéia da vítima receber um *plus* pelo dano sofrido (ANDRADE, 2009, p. 275-276).

André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 275) sustenta o entendimento no sentido de que não se pode olvidar que as vantagens alcançadas pela implementação dos *exemplary damages*, consistentes na punição de conduta particularmente reprovável e prevenção de comportamentos semelhantes por parte do próprio ofensor e de terceiros, supera em muito o obstáculo trazido pelos opositores da teoria, em face do caráter coletivo que a mesma assume ao executar estas funções. Logo, é sensato que prevaleça desinteresses sociais em detrimento da vantagem econômica obtida pela vítima, nestes casos.

Por óbvio, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem nortear o arbitramento das indenizações punitivas, para que os seus objetivos sejam efetivamente alcançados, prevalecendo ao enriquecimento eventual da vítima.

De todo modo, uma solução bastante coerente para acalmar os ânimos e suplantar esta resistência à aplicação da teoria, é a destinação do valor adicional pago a título de indenização de *punitive damages* a determinados fundos, seguindo analogicamente a previsão do artigo 13 da Lei

7.347/85. O dispositivo se refere às ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens específicos, *in verbis*:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

Portanto, a ideia de que os *punitive damages* provocariam um enriquecimento sem causa da vítima, apesar de polêmica, não merece prosperar como um real obstáculo à aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme demonstrado, pela própria essência do que se tem por enriquecimento sem causa, o recebimento das indenizações punitivas por parte da vítima, devidamente justificado por sentença judicial fundamentada, não implica em um enriquecimento indevido.

Outrossim, a destinação dos valores indenizatórios a título de *exemplary damages* para fundos específicos, mostra-se uma solução para acalmar os ânimos daqueles que insistem em sustentar a noção de enriquecimento sem causa da vítima.

3.2.3 Risco de produção de resultado social e economicamente danoso

Há uma preocupação com a saúde econômica dos agentes condenados ao pagamento das indenizações punitivas. A imputação de valores exacerbados a título de *exemplary damages* a empresas, por exemplo, poderia desestruturá-las economicamente e gerar a necessidade de demissões de empregados ou até mesmo provocar sua falência. Ainda, poderia ocorrer o repasse do valor indenizatório pago pela empresa para os preços de seus produtos e serviços, atingindo diretamente os consumidores, que arcariam com este “prejuízo” injustamente. De fato, não se pode negar que quanto maior o montante indenizatório, maior será o custo para a empresa.

Em sendo assim, a aplicação dos *punitive damages* poderia provocar consequências negativas sob o ponto de vista social e econômico, provocando insegurança capaz de desencorajar a iniciativa econômica.

Todavia, o fator econômico não pode influenciar no julgamento das demandas indenizatórias de forma preponderante. Ocorre que é intrínseco

ao setor empresarial a perseguição de lucro e diversas empresas entendem que compensar eventuais danos individuais com pagamento das indenizações se mostra mais vantajoso que melhorar a qualidade dos produtos e serviços e evitar acidentes. Os *punitive damages*, destaque-se, objetivam justamente inibir essa prática reprovável das empresas, protegendo a coletividade e visando o bem social. Evidentemente, é necessário a observância ao princípio da razoabilidade no momento de quantificação da indenização.

Nesse diapasão, merece atenção o que assevera Luiz Carlos Furquim Vieira Segundo (2010, p. 95):

É imprescindível registrar que o estudioso do Direito, ao abordar a teoria do “punitive damage”, deve ter como princípio norteador o da razoabilidade, senão, possivelmente irá rechaçar a sua aplicação de plano em nosso Ordenamento Jurídico, antes mesmo de realizar uma melhor compreensão do tema.

Ninguém está alegando que adotando uma função punitiva, seria razoável à aplicação de uma indenização de 25 milhões de reais em razão da prática de ofensa a honra de outrem, o que se deve ter em mente é que a teoria é extremamente positiva, desde que tenha como norteador o princípio da razoabilidade, pois, do contrário, corre-se o risco de reduzir a miséria do causador do dano, causando por consequência um problema social maior que o anterior.

Portanto, a teoria é bastante positiva, se corretamente aplicada, haja vista que produzirá efeitos positivos no âmbito econômico e social, a partir da prevenção de danos aos consumidores e usuários de produtos e serviços.

3.2.4 *Bis in idem*

Considerando que muitos dos ilícitos civis também configuram ilícitos penais, surge o argumento de que a indenização punitiva levaria o agente a ser punido na esfera civil e criminal pelo mesmo fato, configurando *bis in idem*, que é rechaçado pelo Direito brasileiro. De fato, o ordenamento jurídico pátrio abarca o princípio do *non bis in idem*, segundo o qual ninguém poderá ser punido duas vezes pela mesma infração penal. A este respeito:

[...] é de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se com caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificado *bis in eadem*. O ofensor, nesse caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil

quanto em sede penal, considerando-se que, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal. (MORAES, 2003, p. 260-261)

Não deve prosperar este argumento, por se tratar a indenização punitiva de sanção pecuniária que difere em sua essência das outras sanções. Assim, pode a mesma ser fixada em processo não criminal, bem como ser imposta por autoridade civil, ainda que pena de outra natureza tenha sido estabelecida em processo penal, cabendo ao legislador definir se o fato proibido terá caráter civil, penal ou ambos. De forma a elucidar a questão, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 294) informa que

[...] a mesma conduta, por exemplo, de dirigir veículo automotor sem a devida habilitação, causando perigo de dano, pode ser configuradora, ao mesmo tempo, de crime e de infração de trânsito ficando sujeita à imposição de multa criminal e administrativa.

O autor, ainda, admite a possibilidade de se abater da indenização punitiva o montante pago pelo agressor a título de multa em processo criminal, embora seja tranquila a cumulação dos *punitive damages* com sanções penais de natureza não pecuniária.

Portanto, não há que se falar em violação ao princípio do *non bis in idem*.

3.2.5 Distinção entre Direito Público e Privado

Diante da tradicional distinção entre Direito público e privado, pode-se aferir que a Responsabilidade Civil se destina apenas à reparação ou ressarcimento do dano, restando exclusivamente à Responsabilidade Penal a censura dos atos ilícitos, haja vista que são os preceitos de direito público que deveriam nortear as questões relacionadas ao caráter pedagógico ou sancionador.

Nessa esteira, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 17) informam que:

essa função (punitiva) era assegurada em dois âmbitos, o das penas privadas e o das penas públicas. A pena privada tinha lugar no âmbito dos delitos privados (*delicta*), que eram os ilícitos contra a pessoa ou seus bens [...]. Diferenciavam-se dos *delicta* os crimes,

delitos públicos (crimem), isto é, as infrações ao Estado e à paz do reino, punidas com a pena pública. Quando ocorria um delito privado, o Estado não tomava a iniciativa de punir o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de intentar contra esse uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de uma determinada quantia (pena privada). [...]

Todavia, deve-se notar que tais observações se mostram ultrapassadas. Atualmente, a tradicional divisão entre o direito público – entendido como aquele relacionado ao Estado – e privado – relacionado às atividades dos particulares, mostra-se fragilizado, ocorrendo a inevitável interpenetração entre ambos.

A separação do Direito em público e privado, nos termos em que era posta pela Doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de rever sua utilidade.

Com cada vez maior frequência, aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do Ordenamento, e foi ampliada a partir da elevação da Constituição Federal ao centro do ordenamento jurídico, com a denominada publicização do Direito privado, levando o *status* de constitucional a diversos princípios de origem eminentemente privados.

Portanto, insistir na manutenção da dicotomia entre o Direito público e o Direito privado representa verdadeiro retrocesso, pelo que não deve prevalecer a resistência aos *punitive damages* fundada nesta dicotomia. Ao revés, deve-se observar a necessidade de garantir efetivamente a proteção à pessoa humana e à sociedade.

3.3 ANÁLISE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a Jurisprudência tem, de certo modo, admitido a incidência das indenizações punitivas nas ações envolvendo responsabilidade civil. Entretanto, ao fazê-lo, via de regra, desvirtuam a essência do instituto, haja vista que o mesmo

aparece embutido na indenização, que é arbitrada em um único montante para servir de compensação à vítima e, também, a título de *exemplary damages*.

Tem razão Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 261) quando, ao tratar da questão, elucida que

de nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação de danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva “corre solta”, não tendo qualquer significação no que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo.

Ora, evidentemente isto constitui uma situação anômala, haja vista que a própria essência da indenização punitiva requer sua aplicação em parcela adicional imputada separadamente da indenização compensatória.

O cenário aqui descrito ocorre precipuamente nas ações de indenizações por danos extrapatrimoniais, sobretudo porque, nesses casos, não se pode aferir monetariamente o dano suportado, de forma que não há como incidir a regra da simetria consubstanciada no caput do já referido artigo 944, do Código Civil, que prevê que a indenização se mede pela extensão do dano. É cediço que nesses casos, tradicionalmente, cabe ao Magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto e através de uma ponderação axiológica, estabelecer um montante pecuniário suficiente a compensar a vítima pela lesão sofrida, uma vez que não é possível reparar o dano e retornar ao *status quo ante* do ofendido.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 22-23) informam que

[...] para legitimar a concessão de uma soma de dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrario, o ofensor restaria impune. Dessa maneira, afastaram-se os óbices de cunho ético-social e justificou-se a indenizabilidade do dano moral com fundamento (implícito) na noção de pena privada: a punição do ofensor – o ódio ao culpado – mais que a “indenização” da vítima, estava já no fulcro da argumentação jurídica.

Ocorre que esta é uma flagrante aplicação da denominada tese mista ou funcional do dano moral, que defende que a função da indenização por dano moral consiste tanto na satisfação do ofendido, quanto na punição do

ofensor. Sendo assim, existem duas concausas na reparação por danos morais, quais sejam, a punição do agressor por ter ofendido bem jurídico de outrem e indenizar a vítima num valor que sirva para lhe proporcionar uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual, moral ou até mesmo material, de forma a amenizar a amargura da ofensa e, de qualquer maneira, o desejo de vingança. (PEREIRA, 2001, p. 315).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 21), por seu turno, ao tratar das funções da reparação civil, aduzem que

[...] três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: *compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.*

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado que se encontravam, mas igualmente relevante, está a idéia de punição do ofensor.

Os autores sustentam que a prestação imposta ao ofensor a título de indenização gera um efeito punitivo devido à ausência de cautela na prática dos seus atos, de modo a persuadi-lo a não mais incidir na conduta lesiva. Mas ressaltam que essa não é a finalidade básica da reparação civil e não admitem a sua aplicabilidade quando for possível a restituição integral da vítima. A função sócio-educativa da responsabilidade civil também é reconhecida pelos autores, haja vista que evita que terceiros pratiquem condutas semelhantes, “restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito”. (2008, p. 21)

No sentido de reconhecer a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil, vários são os julgados, inclusive, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A título de ilustração, é válido transcrever a ementa de alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal.

No caso do recurso especial nº 389.879 – MG, julgado por esse tribunal, a parte autora pleiteava indenização por danos morais devido a conduta da parte contrária, que emitiu indevidamente e levou a protesto uma duplicata no valor de R\$ 676,00 (seiscentos e setenta e seis reais), tendo a

sentença do juízo *a quo* fixado indenização por danos morais em 20 (vinte) vezes o valor da duplicata protestada. No julgamento, o Tribunal reconhece que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve ser proporcional ao grau de culpa e ao porte financeiro das partes, segundo os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência. Ainda, reconhece a natureza punitiva e disciplinadora da indenização. Desse modo, fixa o montante indenizatório de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Segue a ementa do acórdão, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSO-MANDATO.

RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE. PRECEDENTE. ART. 1.313 DO CÓDIGO CIVIL.

DIREITO DE REGRESSO. RESSALVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO

DIREITO À ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO.

I - Na linha da orientação deste Tribunal, no endosso-mandato, por não haver transferência da propriedade do título, o mandante é responsável pelos atos praticados por sua ordem pelo banco endossatário.

II - Não há negar, ademais, a responsabilidade da endossante também por não ter sido eficiente em impedir que o banco encarregado da cobrança efetivasse o protesto da cártula, consoante os fatos registrados em sentença.

III - **A indenização** pelo protesto indevido de título cambiariforme **deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.**

IV - Fica ressalvado, no entanto, o direito de regresso do endossante contra o endossatário, nos termos do art. 1.313 do Código Civil.

V- O protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo.

(REsp 389.879 – MG. Rel. Min. Silvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Tuma. Data do Julgamento 16/04/2002).

(Sem grifos no original).

Em outra decisão, o Tribunal atribuiu um caráter desestimulador à indenização por dano moral. O ministro fez menção à teoria dos *punitive damages*, mas ressaltou que a sua aplicação irrestrita no ordenamento jurídico pátrio encontra óbice em razão da vedação do enriquecimento sem causa pelo código civil de 2002. Desse modo, o ministro pauta-se nos critérios do próprio tribunal para fixação dos valores indenizatórios por danos morais, considerando as condições pessoais e econômicas das partes, de modo que sirva como fator de desestímulo. Percebe-se, portanto, a invocação da tese mista ou funcional das indenizações. A decisão restou ementada nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002)

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

[...]

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. *In casu*, o tribunal *a quo* condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

[...]

9. Recurso especial provido.

(REsp Nº 210.101-PR, Quarta Turma, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias - juiz federal convocado do TRF 1ª Região, DJ 20/11/2008).

Nota-se, portanto, que a jurisprudência utiliza a combinação de alguns critérios no momento da fixação do *quantum* indenizatório, a saber: o grau de culpa do agressor, a condição econômica do responsável pelo dano e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Todavia, não se pode dizer que se admite a adoção dos *punitive damages*, uma vez que aludem ao caráter duplo da indenização por dano moral (de acordo com a supramencionada tese mista ou funcional das indenizações por danos morais).

Ocorre que esta tese mista é passível de críticas, uma vez que supõe que o dano moral sempre desempenha as funções compensatória e punitiva. Entretanto, as indenizações punitivas devem ser adotadas apenas quando o comportamento do agressor se mostrar especialmente reprovável. Ademais, a doutrina dos *exemplary damages* exige ainda outros pressupostos de aplicação (conforme se apreende do item 2.3 deste trabalho), ainda mais rigorosos, para que se possa alcançar os objetivos de prevenção (através da dissuasão) e punição (no sentido de redistribuição).

Desse modo, a generalização da função punitiva das indenizações por danos morais não guarda qualquer utilidade social. Em verdade, a aplicação do montante referente à função punitiva no bojo da indenização compensatória, como vem sendo feita pela jurisprudência, acaba por desvirtuar o instituto e enfraquecer as suas funções, haja vista que não há como se aferir exatamente o valor atribuído pela gravidade da conduta, fazendo com que o ofensor e terceiros não tenham a exata noção do seu grau de reprovabilidade.

Este fato é agravado na exata medida em que se arbitra valores indenizatórios em montante relativamente baixo, de modo a não afetar economicamente o agressor, prejudicando a função punitiva.

Nesse sentido:

[...] A invocação da função punitiva da indenização do dano moral, ao fim e ao cabo, torna-se um simples jargão, vazio de conteúdo. De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é freqüente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se na fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos.

A indenização punitiva deve ficar reservada para aquelas situações nas quais o comportamento do lesante seja particularmente reprovável. Será com os olhos voltados para o ofensor – mais do que para a vítima e para o dano por esta sofrido – que o julgador irá definir se é ou não cabível a indenização punitiva. (ANDRADE, 2010, p. 08)

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se referiu à teoria dos *exemplary damages* ao impor indenização por danos morais a um hospital público em razão dos danos provocados pelo uso de fórceps durante um parto,

o que provocou afundamento frontal do crânio, edema cerebral e área de contusão hemorrágica na criança. Segue a ementa da decisão, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

(AI 455846-RJ, Relator Ministro Celso de Mello).

Todavia, note-se que, apesar de fazer menção expressa ao instituto, houve confusão entre *punitive damages* e o caráter punitivo da indenização por danos morais (ao invocar sua dupla função).

Além disso, importa salientar que a decisão foi proferida em um caso de responsabilidade sem culpa, haja vista que pela inteligência do art. 37, § 6º, CF/88, os hospitais públicos possuem responsabilidade objetiva. Ora, já restou patente no item 2.3 que a aplicação dos *exemplary damages* nas ações que envolvem responsabilidade sem culpa, não se coaduna, via de regra, com a essência do instituto, que se destina justamente às condutas particularmente reprováveis pela culpa grave ou reiteração da conduta.

A figura dos *punitive damages* aparece também no âmbito das relações de consumo¹³, a exemplo da apelação cível nº 70003050531, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL. PROVA. ARBITRAMENTO JUDICIAL. VALOR DO CRÉDITO INSCRITO. PUNITIVE DAMAGES.

1. Presume-se a existência de danos morais em razão de indevida inscrição do nome do devedor em bancos de dados de consumidores. Trata-se de dano *in re ipsa*, que dispensa prova.

¹³ É cediço que o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 12 e 14, estabeleceu a responsabilidade objetiva dos produtores e fornecedores da cadeia produtiva como regra geral. Nesse diapasão, importa esclarecer que, apesar de se ter sustentado a inaplicabilidade dos *punitive damages* no âmbito da responsabilidade objetiva, esta é uma regra que comporta exceção. Como se pode extrair do quanto exposto no item 3.5, poderá haver aplicação do instituto quando restar provado que o agressor agiu com culpa grave, dolo ou, ainda, quando a conduta danosa for reiterada. Nesses casos, portanto, é que se justifica a incidência dos *punitive damages*.

2. É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da reparação no dano moral deve ser arbitrado pelo juízo e não, postergada para liquidação de sentença.

3. O valor do crédito inscrito deve ser considerado, mas não serve de baliza para a fixação do valor da reparação.

4. A doutrina dos *punitive damages*, abrandada pelas peculiaridades da cultura nacional, deve ser aplicada quando se verifica falha de serviço decorrente de tratamento impessoal e descuidado no exercício de faculdade nociva ao interesse individual de terceiros e sem ganhos para instituição de porte considerável.

APELO DO RÉU DESPROVIDO.

APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação cível nº 70003050531, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça – RS, Relator João Batista Marques Tovo, DJ 29/10/2003).

Em seu voto, o Ministro João Batista Marques Tovo utiliza como critérios para arbitrar o *quantum* indenizatório a situação econômica das partes, justificando que um valor pouco expressivo não seria apto a provocar o “desestímulo à repetição de conduta nem de estímulo à correção do procedimento errôneo confessado”.

Ademais, aponta como “fator preponderante no caso dos autos” a gravidade da conduta. Trata-se de indenização por danos morais devido a inscrição do nome do autor nos bancos de dados de consumidores, o que, no entender do Ministro, constitui difamação. O Ministro aplica a doutrina dos *punitive damages* no caso em comento, embora sem alcançar a extensão do direito norte-americano. Nesse diapasão, diante da alta gravidade da conduta, da culpa, e da extensão do dano moral, o magistrado decidiu por duplicar o valor da reparação. Apesar de demonstrar um grande avanço na aplicação do instituto, percebe-se que esse ainda não foi feito da maneira mais acertada.

Há referência à doutrina dos *punitive damages* também no âmbito na Justiça Laboral. No recurso de revista nº 1148/2004-021-03-00.8, o TST se posiciona explicitamente de modo a reconhecer a necessidade de imposição da indenização punitiva, expressando, o Ministro Barros Levenhagem, no seu voto, a necessidade de se considerar que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais tem por escopo a compensação dos dissabores causados ao trabalhador, bem como a punição do empregador que abusou do seu poder de mando e provocou danos a outrem. Nesse diapasão, vale transcrever a ementa da decisão:

HORAS EXTRAS. REUNIÕES NA EMPRESA. ACORDO COLETIVO. VENDEDOR EXTERNO. I - Em que pese o fato de o Regional haver indevidamente desconsiderado o acerto entabulado no acordo

coletivo, é de se concluir não ser isoladamente decisivo o fato de as reuniões na empresa anteriores e posteriores à atividade efetiva de vendas, em respeito à cláusula em comento, não constituírem controle de jornada, pois ainda que obstado esse entendimento, as circunstâncias fáticas-probatórias do controle da jornada exercido - analisadas mediante o conjunto de dados acerca da atividade laboral externa do empregado, incluindo os horários de efetivo trabalho e descansos - foram conclusivas para que se afastasse o enquadramento no art. 62, I, da CLT.

[...] DANO MORAL. I - O dano moral constitui lesão a direitos da personalidade, como a honra e a imagem da pessoa, achando-se subjacente à norma do artigo 5º, inciso X da Constituição, garantia constitucional de preservação da dignidade do ser humano. II - O dano moral, por sua vez, prescinde de demonstração por ser decorrência natural do ato que o tenha gerado. III - Comprovados os fatos dos quais derivou o dano, não se vislumbra violação ao art. 818 da CLT. IV - Aresto inespecífico, a teor da Súmula/TST nº 296, I. V - Recurso não conhecido. VALOR DO DANO MORAL. I - É sabido que se deve levar em conta a gravidade da ofensa e a capacidade econômica do ofensor, tanto quanto o objetivo dissuasório de práticas assim malsãs, pelo que se mostram razoáveis os parâmetros adotados pelo relator tendo em vista a proporcionalidade de vezes em que a prática ocorreu. II - O art. 1.538 do Código Civil de 1916, invocado pela recorrente, refere-se à indenização por dano à saúde física, sendo impertinente aos autos. Da mesma forma, são inespecíficos os artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa e Código Brasileiro de Telecomunicações. III - Recurso não conhecido. (RR 1148/2004-021-03-00.8, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagem. Quarta turma. DJ 25/08/2006)

Portanto, percebe-se também na Justiça do Trabalho os reflexos da teoria dos *punitive damages*, muito embora ainda haja confusão quanto a sua correta aplicação, notadamente no que se refere à sua aplicação e o montante indenizatório diverso da indenização compensatória.

4 CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto exposto, é possível se extrair as seguintes conclusões:

1. Os *exemplary damages* consistem em um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

2. Essa sanção pecuniária imposta ao causador do dano deve ser fixada levando-se em consideração a conduta do ofensor, seja pela sua intenção ao praticar o ilícito, seja pela gravidade do seu comportamento.

3. Os *punitive damages* possuem duas funções bem definidas, quais sejam, um sancionatório e outro preventivo e a punição conferida ao ofensor é apenas o meio para se alcançar seu objetivo final: o desestímulo.

4. Este *plus* indenizatório tem caráter excepcional, portanto, deverá incidir somente quando a conduta do agente se mostrar especialmente reprovável, tendo praticado conduta considerada grave pelo grau de culpa ou, ainda, pela sua reiteração.

5. A indenização punitiva não encontra previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Surge daí o entendimento de que o uso da sentença civil para transformar a indenização do dano suportado por alguém em pena, sem expressa autorização legal, ofende a garantia constitucional do *nulla poena sine lege*, consubstanciada no art. 5º, XXXIX, CF/88.

6. Contudo, a indenização punitiva encontra seu fundamento, no ordenamento pátrio, na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente, nos direitos personalíssimos, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana.

7. Sendo assim, considerando os princípios como “mandados de otimização”, deverão os operadores do Direito buscar todos os meios possíveis para alcançar a sua efetivação. Desse modo, as indenizações punitivas se apresentam como um possível mecanismo para garantir a efetividade do direito constitucional à dignidade da pessoa humana e aos princípios personalíssimos, através da punição e, inclusive, da prevenção de lesões a esses direitos.

8. Dito isto, pode-se concluir que a ausência de autorização expressa em lei infraconstitucional para aplicação de indenizações punitivas, não pode ser considerado um obstáculo para a importação do instituto.

9. No Direito brasileiro, a aceitação de importação da teoria dos *exemplary damages* não se mostra pacífica. Todavia, todos os obstáculos podem ser ultrapassados com a devida adequação da teoria para o ordenamento jurídico brasileiro.

10. Percebe-se que a Jurisprudência tem, de certo modo, admitido a incidência das indenizações punitivas nas ações envolvendo

responsabilidade civil. Entretanto, ao fazê-lo, via de regra, desvirtuam a essência do instituto, haja vista que o mesmo aparece embutido na indenização, que é arbitrada em um único montante para servir de compensação à vítima e, também, a título de *exemplary damages*.

11. Essa generalização da função punitiva das indenizações por danos morais, não guarda qualquer utilidade social. Em verdade, a aplicação do montante referente à função punitiva no bojo da indenização compensatória, como vem sendo feita pela jurisprudência, acaba por desvirtuar o instituto e enfraquecer as suas funções, haja vista que não há como se aferir exatamente o valor atribuído pela gravidade da conduta, fazendo com que o ofensor e terceiros não tenham a exata noção do seu grau de reprovabilidade.

12. Desse modo há uma flagrante confusão do instituto dos *punitive damages* e a multimensionada função mista da indenização por danos morais. Ora, não há como se concretizar as funções punitivas e desestimulante da indenização punitiva enquanto se insistir em aplicá-la juntamente com a indenização compensatória.

13. Portanto, conclui-se pela possibilidade de importação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que todos os obstáculos levantados à sua aplicação podem ser facilmente transpostos através de adaptações da teoria ao ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, não há que se falar em importação de instituto alienígena sem se considerar as peculiaridades do lugar de origem e os necessários amoldamentos.

14. Entretanto, para que os *punitive damages* possam alcançar plenamente os seus objetivos e benefícios sociais, é necessário que se proceda à sua correta aplicação, notadamente no que tange à individualização do montante a título de indenização punitiva e o valor arbitrado, que deve ser desestimulante. Nesse ponto, a destinação integral da indenização punitiva a um fundo social específico pode deixar os magistrados mais à vontade para imputar os valores desestimulantes, eliminando qualquer dúvida quanto ao enriquecimento sem causa da vítima.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva Do Direito Brasileiro.** 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Indenização punitiva.** Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 23 set. 2010.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito – USP, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Câmara dos deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/438647.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2010.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 210101-PR,** Quarta Turma, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), DJ 20/11/2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 389.879 - MG,** Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02/09/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 455846-RJ,** Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>. Acesso em: 11 out. 2010

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso de Revista Nº 1148/2004-021-03-00.8,** TRT 05, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagem. Quarta turma. DJ 25/08/2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2010.

BRASIL. **Vade Mecum Jurídico.** 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.2.

Ferreira, Aurelio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v.1.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEITE, Adriano Pugliesi. **O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br>. Acesso em: 28 set. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro**. 2005. REVISTA CEJ, América do Norte, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Aline Lima. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: Uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/index.html>. Acesso em: 21 out. 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70003050531**, sexta câmara cível, Relator João Batista Marques Tovo, DJ 29/10/2003. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 out. 2010

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **Responsabilidade Civil: Compensar, punir e educar**. São Paulo: Memória Jurídica, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 5. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.