

Universidade de Brasília – UNB  
Faculdade de Direito – FD

Paula Beatriz Costa Gonçalves

A aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro

Brasília-DF

2013

PAULA BEATRIZ COSTA GONÇALVES

A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de graduação de  
Direito da Universidade de Brasília como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto

Brasília, março de 2013.

PAULA BEATRIZ COSTA GONÇALVES

A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de graduação de  
Direito da Universidade de Brasília como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto

Brasília, março de 2013.

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto(Orientador)

---

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima (Membro da banca)

---

Mestranda Ana Karenina Silva Ramalho Duarte (Membro da banca)

---

Mestrando Bruno Wurmbauer Júnior (Suplente)

Dedico este trabalho a meus pais, Edvaldo e Regina, a meus irmãos, Daniel e Eduardo, e a meu orientador, Professor Guilherme, por sempre me ajudarem e nunca deixarem de acreditar em mim.

“Tem gente que tem cheiro  
Das estrelas que Deus acendeu no céu  
E daquelas que conseguimos acender na Terra

Ao lado delas,  
A gente não acha que o amor é possível,  
A gente tem certeza.”(Almas Perfumadas)

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>9</b>
1.1. Responsabilidade civil no Código Civil de 2002.....	10
1.2. As perspectivas sobre o dano.....	13
1.2.1. Dano patrimonial e extrapatrimonial.....	13
1.3. Dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
1.3.1. Influências no Código de Defesa do Consumidor.....	15
<b>2. Indenizações de caráter punitivo (<i>punitive damages</i>).....</b>	<b>17</b>
2.1. Origem e conceito.....	17
2.2. A teoria do desestímulo.....	21
2.3. Hipóteses de aplicação.....	21
<b>3. <i>Punitive damages</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>26</b>
3.1. Suporte normativo para sua aplicação.....	27
3.2. Aspectos desfavoráveis para a sua aplicação.....	31
3.2.1. A problemática das indenizações e do enriquecimento sem causa do ofendido.....	34
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>40</b>

## INTRODUÇÃO

O comportamento do homem perante o seu meio social suscita efeitos jurídicos, sendo eles lícitos ou ilícitos<sup>1</sup>. Tais atos em comunidade, independentemente de sua licitude, podem gerar danos a outras pessoas e eis a motivação do estudo constante da responsabilidade civil.

Esse comportamento que pode gerar danos, ao ofender direitos alheios, faz surgir a responsabilidade em relação ao ato ou fato que deu ensejo ao dano.<sup>2</sup>

A função da responsabilidade civil é, então, comumente pensada no nosso ordenamento à luz da reparação do dano. Nem sempre, todavia, há a possibilidade de a reparação se dar *in natura* e, quando isso ocorre, tende-se a tentar ressarcir o prejuízo causado compensando o dano sofrido pela vítima por meio de um montante pecuniário equivalente.<sup>3</sup>

Percebe-se então a vítima como o foco de todo escopo axiológico da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: independentemente da reprovabilidade da conduta do ofensor ou do seu grau de culpa, o que interessa é a restituição do *status quo* da vítima antes do dano ou, quando isto não é mais possível, algum tipo de compensação que pelo menos o abrande. Não há, em outras palavras, desvalor da conduta ofensiva ou qualquer tipo de gradação, mas sim a convergência para que haja a reparação do dano: se há dano, então há o dever de reparação.

Nas últimas décadas, no entanto, houve a necessidade de se pensar a responsabilidade civil de uma forma menos simplista em diversos aspectos: a ineficácia desse viés exclusivamente reparatório vem de encontro com casos em que ou é impossível a reparação do dano, ou o ofensor tem benefício com a prática do ilícito, ou não há uma resposta jurídica satisfatória para o caso, ou quando o ofensor demonstra ser indiferente ao dano e à sanção reparatória imposta, entre outros.

Essa problemática evidencia uma mudança de paradigmas em que se vê necessário um enfoque na prevenção do dano e não só na sua reparação, como havia sendo

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 487.

<sup>2</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8. p. 145.

<sup>3</sup> ANDRADE, André Gustavo. **Indenização Punitiva**. Disponível em: [http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em 28 jan. 2013.

doutrinariamente defendido até então, para a adequação da responsabilidade civil aos novos e complexos conflitos sociais presentes na sociedade brasileira.<sup>4</sup>

A ideia preventiva vem representada pela figura dos danos punitivos (*punitive damages*), instituto advindo do direito alienígena, e tem sido timidamente aplicada nos tribunais brasileiros e pouco ainda sedimentada na doutrina pátria.

Muito desse receio se dá porque, ao se falar em *punitive damages* no sistema romano-germânico (*civil law*), tem-se a ideia limitada de que, por exceder o dano, haverá o enriquecimento do lesado, uma vez que o montante das indenizações decorrentes deste instituto no *common law* é mais elevado que no sistema do *civil law*<sup>5</sup>.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende tratar sobre a possibilidade real de aplicação dos danos punitivos no ordenamento jurídico brasileiro primeiramente por meio da análise da responsabilidade civil no contexto atual da realidade brasileira, passando pelas dimensões de danos, principalmente no tocante ao dano moral.

Em seguida, o foco será sobre a origem e as características das indenizações punitivas, contextualizando, em um segundo momento, à realidade brasileira, desenvolvendo as problemáticas levantadas por sua adequação ao sistema romano-germânico, culminando na análise punitiva dos danos morais abrangendo a problemática das indenizações perante o enriquecimento do ofendido.

Por fim, haverá uma análise jurisprudencial verificando casos em que houve a aplicação dos danos punitivos no Brasil e em outros países da América Latina com ordenamento *civil law* em que o instituto também está em desenvolvimento contrapondo prós e contras de sua utilização e suas consequências no âmbito social e econômico brasileiro.

Na conclusão, retoma-se a ideia inicial da necessidade de um redimensionamento da responsabilidade civil e de sua ideia reparadora para a nova realidade enfrentada nas casuísticas sociais e o papel dos danos punitivos nesse contexto.

---

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>5</sup> LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação**. Disponível em: [http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil\\_paulameiralourenco.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf). Acesso em 28 jan. 2013.



## RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A vida cotidiana é repleta de interações entre pessoas em uma sociedade, ou seja, cada ação ou omissão de uma pessoa qualquer em determinada situação hipotética pode interferir (e interfere) em bens ou interesses de outras pessoas, beneficiando-as ou prejudicando-as.

Nesse contexto, a violação a um direito, ou seja, a ofensa a uma norma jurídica faz emergir a responsabilidade em relação àquele ato transgressor.<sup>6</sup>

Haja vista a todo instante um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial surgir nessas interações, o estudo da responsabilidade civil se torna essencial para solucionar tais problemáticas, uma vez que o direito não suporta que tais ofensas fiquem sem reparação: reestabelecer o equilíbrio violado pelo ato danoso é o foco principal do estudo da responsabilidade civil.<sup>7</sup>

Em uma abordagem mais econômica, essas interferências geradas ou sofridas por essas interações podem ser compensadas ou não. No primeiro caso, quando essas interferências são compensadas, dá-se o nome de “internalidades”; no segundo caso, quando não são compensadas, são “externalidades”. A responsabilidade civil abrange justamente a internalização das externalidades, ou seja, a compensação dos prejuízos ou ganhos.<sup>8</sup>

Destarte, a responsabilidade civil seria a obrigação que uma pessoa tem com outra devido a um prejuízo sofrido em que se dá a possibilidade de se exigir o pagamento de uma indenização, ou seja, é uma obrigação que não necessariamente deriva de um negócio jurídico, mas sim de um ato ilícito – um motorista que, por desobedecer às leis de trânsito, causa acidente - ou de um fato jurídico – empresário que, fornecendo ao mercado produtos ou serviços defeituoso, dá ensejo a acidente de consumo.<sup>9</sup>

Historicamente, a evolução da responsabilidade civil se deu em diversos aspectos desde os mais intrínsecos, como seus fundamentos e sua evolução social local, açambarcando também fatores como a quantidade de pessoas responsáveis e a exatidão da reparação: primeiramente, verifica-se a vingança em um âmbito coletivo, em que o grupo se voltava

---

<sup>6</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *op.cit.* p. 145.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 7: Responsabilidade Civil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

<sup>8</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 2: Obrigações. Responsabilidade Civil. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.

<sup>9</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *op.cit.* p. 266.

contra o agressor; em um segundo momento, a reação passa a ser de cunho individual – verifica-se aí a máxima da Lei de Talião em que se tem “olho por olho, dente por dente”; e, em um terceiro momento, percebe-se uma atuação mais presente do Estado nos limiares do dano e da pena e, ainda, surge o viés pecuniário da contraprestação do dano.<sup>10</sup>

Ainda quanto à história, vale salientar que, no período medieval, houve a estruturação da ideia de dolo e culpa e, portanto, se deu a diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.<sup>11</sup>

A responsabilidade civil tradicional é que estabelece e defende esse entendimento de que o direito civil e o direito penal são disjuntos e, uma vez que essa premissa não é eficaz e nem responde às necessidades trazidas pelos novos momentos fáticos da atual sociedade, se vê a necessidade de mudar os paradigmas dos basilares da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de solucionar situações conflituosas com respostas jurídicas satisfatórias.

Ou seja, essa dicotomia didática oriunda da época medieval que separa o direito civil do direito penal se esvai quando se percebe que há interação entre seus dispositivos em vez de uma separação intransponível como parece e não serve como argumento para reprimir a aplicação dos *punitive damages*.

### 1.1 Responsabilidade civil no Código Civil de 2002

A responsabilidade civil no Código Civil de 2002 é fundamentalmente lastreada na teoria clássica da culpa, também conhecida como teoria subjetiva, em que são necessários três elementos para estabelecer a responsabilidade civil de um determinado agente, sendo eles a culpa, o dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

A teoria objetiva seria, então, exceção nesse ordenamento, uma vez que a obrigação de reparar o prejuízo se daria, regra geral, quando evidenciada a culpa do agente e só aplicar-se-ia em casos expressos em lei, como, por exemplo, o caso do parágrafo único do artigo 927,

---

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 26.

<sup>11</sup> *Ibidem.* p. 27.

que disserta acerca da responsabilidade objetiva em casos que a atividade desenvolvida pelo agente, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outras pessoas.

Mesmo com essa dicotomia didática entre teoria subjetiva e objetiva, percebe-se que existe uma coexistência das duas teorias no ordenamento, como nas hipóteses em que o questionamento no âmbito subjetivo do ofensor é afastado devido à desigualdade econômica ou social entre o ofensor e a vítima<sup>12</sup>.

Evidencia-se, desta forma, os dois vieses da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro: o ressarcimento e a compensação. O primeiro se dá por meio da indenização, a qual está vinculada essencialmente a danos materiais – é facilmente quantificada em razão do que se perdeu e do que se deixou de ganhar (danos emergentes e lucros cessantes, respectivamente).

A compensação, por outro lado, está relacionada à satisfação do ofendido, ou seja, faz conexão no âmbito do dano moral no que diz respeito a tentar reestabelecer a condição psicossocial da vítima no tocante ao abalo moral sofrido na sua dignidade.

Ela é a principal função da responsabilidade civil e se divide basicamente de duas formas: se os danos forem exclusivamente patrimoniais, a indenização equivalerá ao valor dos danos; se forem extrapatrimoniais, percebe-se que o adimplemento da obrigação gera o enriquecimento da vítima, uma vez que não há a essa equivalência.<sup>13</sup>

Ainda, vale ressaltar a diferenciação entre responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva: a primeira viabiliza a socialização dos custos enquanto a segunda sanciona atos ilícitos.<sup>14</sup>

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro no seu sistema de responsabilidade civil visa primeiro a reparação do dano, a fim de resguardar a vítima, e não levando em consideração a possibilidade de prevenir outras atuações do agente causador do dano – o ofensor deve devolver à vítima o que já era dela por direito – já que o positivado no texto do Código é que o valor da indenização é medido pela extensão do dano causado ao ofendido. Ou seja, a sanção a ilícito civil não possui um caráter de prevenir a ação ofensora, mas sim caráter meramente sucessivo, pois se trata de um remédio para depois de ocorrido o dano, a fim de reestabelecer o *status quo* anterior a ele.

---

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 516.

<sup>13</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *op.cit.* p. 284.

<sup>14</sup> *Idem.*

A centralização na figura da vítima, desconsiderando a análise da conduta do ofensor, traz à tona a problemática que, atualmente, a sistema de responsabilidade civil vem passando: a falta de eficácia no que diz respeito ao combate à atuação delituosa e à reiteração do comportamento nocivo.

A resposta social ao direito aplicado não tem sido eficiente, pois não desestimula a prática delituosa e o comportamento antissocial e não reestabelece o equilíbrio econômico-jurídico em um âmbito geral como esperado.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade, para retomar a eficácia finalística da responsabilidade civil, de que, além do caráter reparatório/compensatório, relacionados à vítima, houvesse também caráter preventivo/pedagógico/punitivo, quanto à conduta do agente causador do dano, a fim de se inibir atos lesivos semelhantes, penalizando o ofensor que de forma temerária causa danos e lesa direitos de outrem.

Enquanto a função preventiva quer impedir que o dano ocorra, partindo do pressuposto de é mais relevante cuidar da preservação de um direito que reparar um dano causado a ele; a função pedagógica teria o objetivo de educar o agente e outras pessoas, demonstrando quão reprovável é aquela conduta socialmente para que não sejam reproduzidas; e a função punitiva visaria punir tais condutas lesivas, desestimulando-os, e se dariam em situações extremas em que as outras formas de sanção não se mostraram eficazes.

Os casos, então, em que se dá essa ineficácia e, portanto, há a evidencia da função punitiva são os que o custo da indenização é inferior à vantagem adquirida com a conduta lesiva ou mesmo abaixo do montante necessário para evitá-la.

A responsabilidade civil, na atualidade jurídica, é vista como um tema complexo e com uma plenitude de problemáticas devido ao seu desenvolvimento perante as inovações sociais, culturais e tecnológicas e a surpreendente repercussão no direito moderno.<sup>15</sup>

Nesse contexto, em que é verificada a mudança paradigmática dos basilares da responsabilidade civil, indaga-se a possibilidade de aplicação das indenizações punitivas (*punitive damages*) no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se destacar as funções preventiva, pedagógica e punitiva que responsabilidade civil deveria ter para uma maior eficiência e eficácia quanto à resposta social do direito.

---

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 44.

## 1.2 As perspectivas sobre o dano

Entre os elementos que dão causa à responsabilidade civil, a existência do dano é a que, na doutrina, provoca menos polêmica. Com efeito, se a responsabilidade civil, bem como a concebemos, visa indenizar, não faz sentido que ocorra sem a existência de um dano e, conseqüentemente, onde não há o que reparar.<sup>16</sup>

Ao analisar as funções da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, percebe-se que a primeira, em um primeiro momento, não enseja possibilidade de aplicação do viés sancionatório, uma vez que está centrada na figura da vítima com a reparação do dano. sem a análise de culpa – é imputada por ter previsão legal.

As perspectivas do dano, nesse sentido, regra geral, só fazem cabimento, no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, em que, como será visto adiante, compõe um dos elementos de fundamentação para a aplicação dos *punitive damages*.

Para tanto, se faz necessário, primeiramente, a diferenciação entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial, como a seguir:

### 1.2.1 Dano patrimonial e extrapatrimonial

A divisão entre danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais (morais, imateriais ou não patrimoniais) deve ser analisada, uma vez que o estudo da responsabilidade civil tem como foco o dano que constitui requisito da obrigação de indenizar.<sup>17</sup>

Também conhecido como dano material, o dano patrimonial abrange prejuízos de natureza pecuniária – como o próprio nome já explica, atinge o patrimônio (relações jurídicas) da vítima que pode ser apreciável em dinheiro.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MAZEAUD ET MAZEAUD *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Volume II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p.339.

<sup>17</sup> DIAS, José de Aguiar. *op.cit.* p.343.

<sup>18</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op.cit.* p. 95.

Cavaliere Filho ensina que, todavia, nem todo dano resulta da lesão a interesses ou bens materiais e ainda defende que o dano material não pode ser presumido, mas tem de ser comprovado para que haja sua reparação.

Essa ideia de interesse imbuí o patrimônio de caráter valorativo no que tange a essa esfera da indenização, sendo o dano o resultado do confronto entre o patrimônio que havia antes da ocorrência do fato danoso e o que possivelmente existiria se não houvesse ocorrido.<sup>19</sup>

Desta forma, percebem-se que há danos que não são patrimoniais (dano moral) que abrangem na doutrina e jurisprudência diversos aspectos e discussões.

De fato, constitucionalmente, de acordo com os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, são indenizáveis e podem ser cumulados aos danos patrimoniais, sendo configuradas por subjetivismos interiorizados da vítima, no que tange a sua percepção moral e digna de como se enxerga perante a sociedade, que vão além de meros aborrecimentos cotidianos. Em outras palavras, os danos extrapatrimoniais não se limitam à análise de sentimentos como dor, sofrimento, tristeza, mas sim cuida da afronta aos direitos personalíssimos.<sup>20</sup>

### 1.3 Dano moral no ordenamento jurídico brasileiro

Ante o exposto até o presente momento, verifica-se a necessidade de se fazer distinções sobre as particularidades do dano moral no que diz respeito a seu caráter subjetivo e objetivo.

Cavaliere Filho é um dos que adere à corrente do aspecto subjetivista do dano moral, a qual analisa a psique interior da vítima em relação ao abalo causado pelo dano, somente sendo considerado o dano moral quando, fugindo à normalidade, a dor, o vexame, o sofrimento e/ou a humilhação interfiram intensamente no comportamento psicológico da vítima, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Para tanto, ainda ensina que o magistrado deve ter como paradigma um meio termo entre um cidadão insensível e o de grande sensibilidade, a fim de buscar um equilíbrio ou um

---

<sup>19</sup> DIAS, José de Aguiar. *op.cit.* p.345.

<sup>20</sup> *Ibidem.* p.97.

meio termo entre a afetação desses dissabores no cidadão comum, conforme podem ser notados nos julgados das Apelações Cíveis nº17.887 /2000 e nº 8.218/95 da 2ª Câmara Cível do TJRJ as quais tratam respectivamente sobre responsabilidade do fornecedor devido à demora excessiva do conserto diante do defeito de fabricação de um veículo e sobre a configuração em si do dano moral, segundo o princípio da lógica razoável.

O posicionamento doutrinário que defende a corrente objetiva, que pode ser representado por Maria Celina Bodin, acredita no dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana, que é composta pela violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana, podendo-se vislumbrar, fora os subjetivismos, a lesão à moral humana.<sup>21</sup>

Atualmente, verifica-se a necessidade de um estudo técnico e aprofundado sobre o dever de indenizar por danos morais, de acordo com os conceitos defendidos por cada corrente, vislumbrando o caso concreto e a melhor resposta jurídica que se dará a ele.

### 1.3.1 Influências no Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil nas relações de consumo visa a uniformidade e equilíbrio entre consumidor e empresa e se configura de forma própria no Código de Defesa do Consumidor de duas formas: responsabilidade civil decorrente da culpa do fornecedor ou prestador de serviço e a responsabilidade civil objetiva.

Enquanto a primeira se configura quando há negligência, imprudência ou imperícia, a responsabilidade civil objetiva ocorre nos casos previstos em lei, não necessita da comprovação de culpa por parte do prestador de serviço para que seja configurada e surgiu como forma de diminuir as disparidades encontradas entre os sujeitos de direito nas relações consumeristas.

A gênese da responsabilidade civil objetiva, no entanto, não é no direito das relações de consumo, mas sim oriunda do direito trabalhista, haja vista os diversos acidentes de trabalho ocorridos na época da revolução industrial, justamente para contrapor a

---

<sup>21</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.288.

responsabilidade civil aquiliana, pela qual inúmeros casos de acidentes de trabalho ficavam sem resposta jurídica e social – os trabalhadores não recebiam uma reparação pelos danos por ele sofridos.

Percebe-se, atualmente, a necessidade de, em determinados casos, impor-se uma indenização independentemente de culpa devido a essa desigualdade que assola tais relações – seja consumerista, seja trabalhista.

Clara fica a semelhança entre as relações consumeristas e as relações trabalhistas nesse campo da vulnerabilidade entre os polos da relação e é por isso que a transposição analógica da responsabilidade civil objetiva se deu tão tranquilamente de suas aplicações no direito do trabalho para suas aplicações nas problemáticas surgidas no direito das relações de consumo.

Essa vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor se dá por não ser possível o consumidor conhecer as especificidades acerca de todos os produtos e serviços que tem contato.

A proposta de aplicação do instituto dos *punitive damages* nesse contexto, visa, destarte, a adequação e a justiça entre os sujeitos de direito da relação de consumo – tanto o consumidor, como o fornecedor - procurando estabelecer um equilíbrio para o efetivo respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos da personalidade, muitas vezes ofendidos por práticas abusivas dos fornecedores.



## INDENIZAÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO (*PUNITIVE DAMAGES*)

### 2.1 Origem e Conceito

Os *punitive damages* também conhecidos como danos punitivos ou verbas punitivas têm sua origem na Inglaterra do século XVII, em alguns casos no ordenamento do *common law*, em que se verificou a necessidade de se impor uma reparação além do dano, com o caráter sancionador e preventivo.<sup>22</sup>

Foi ao longo do século XIX, no entanto, em que se deu o desenvolvimento desse instituto, principalmente nos Estados Unidos,<sup>23</sup> e que as cortes americanas e inglesas começaram a fazer distinções reais sobre as funções compensatória e punitiva inerentes da indenização.

Nesse cenário, para poder falar sobre os *punitive damages*, é interessante, primeiramente, abordar outro aspecto da origem de sua motivação: o desejo de vingança inerente a cada ser humano em seu âmago animalesco e primitivo, calcada não só em seu embate constante pela sobrevivência, mas também na desvalorização do seu semelhante.<sup>24</sup>

A ideia punitiva se relaciona, então, com os conceitos jurídico-sociológicos de desvio social e de sanção moral, os quais podem ser respectivamente explicitados, de uma forma mais simplista, como aquilo/aquela conduta que saiu da expectativa do homem médio daquela sociedade em questão e uma punição por tal conduta ser “desviante” do padrão em que moralmente a sociedade está calcada.

Percebemos que a sociedade em questão é qualquer uma em que tal homem esteja inserido e da qual faça parte, haja vista ter de se perceber fatores tais como cultura, costumes, regramentos, os quais são específicos a cada sociedade<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> LOPEZ HERRERA, Edgardo *apud* MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. **Penas civiles y daños punitivos**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011. p. 11.

<sup>23</sup> PONZANELLI, Giulio *apud* MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. *ibidem*. p. 9.

<sup>24</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p.208

<sup>25</sup> *Idem*.

O surgimento dos *punitive damages*, nesse sentido, está atrelado às condições da sociedade em que teve sua gênese, visto que só pode ser explicado pelas transformações políticas, culturais, sociais daquela sociedade (sociedade inglesa) naquele determinado tempo.

A aplicação de um instituto alienígena, originário do *common law*, a nossa realidade brasileira atual, certamente será atrelada a diversos asteriscos e muitas ressalvas para que seja efetivo e eficaz mesmo deslocado de seu contexto social, político, cultural e jurídico. Isso principalmente porque o componente punitivo da responsabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é tratado no âmbito da esfera penal e não no âmbito civil, como os *punitive damages*<sup>26</sup>.

Estudar a reparação do dano vai, dessa forma, desde a análise de aspectos culturais, sociais, jurídicos e econômicos, até uma aprofundada visão de como esses aspectos se relacionam entre si, principalmente no que diz respeito a determinados institutos como ilícito e sanção. Em outras palavras, a noção de ilícito e sanção advém da justaposição de diversos fatores culturais, sociais, econômicos e jurídicos que são únicos de cada ordenamento e, mais precisamente, únicos de cada cultura: vemos isto, inclusive, nas diversas diferenças entre os ordenamentos do civil *law* de acordo com a individualidade de cada país.

Enquanto o *common law* é um sistema jurídico em que a fonte primária são precedentes judiciais, os quais vinculam o julgamento de futuros casos, o *civil law* tem regras predeterminadas para dar um escopo de segurança jurídica a cada caso concreto<sup>27</sup>

Essa análise e transposição do instituto dos *punitive damages* fica extremamente comprometida uma vez que para sua aplicação no Brasil há de ser analisadas diversas peculiaridades que dificultariam sua aplicação, haja visto se tratar de uma realidade sociopolítica totalmente diferente da de sua evolução e desenvolvimento.

O sistema *common law*, então, diferentemente do que à primeira vista foi considerado como nebuloso, traz o instituto em suas entranhas culturais e históricas delimitando-o de forma tão sistemática que se verifica a criação de *categories test* - uma imposição da análise dos três itens que para a *House of Lords* eram essenciais para a aplicação dos *punitive damages*. Verificam-se na dissertação de Lord Devlin do acórdão no caso *Rookes v Barnard*:

---

<sup>26</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16

<sup>27</sup> ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.170 e 171.

“(…)I propose also to state three general considerations which in my opinion should always be borne in mind when awards of exemplary damages are being made.(…) The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government.(…) Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff.(…) Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay. To these two categories which are established as part of the *common law* there must of course be added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute. I wish now to express three considerations which I think should always be borne in mind when awards of exemplary damages are being considered.”<sup>28</sup>

Pela primeira categoria elencada como fonte de indenização punitiva (*oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government*), percebe-se o abuso dos servidores públicos destacada pela herança monárquica de uma centralização autoritarista, que é evidenciada, no século XVIII, por casos como *Huckle vs. Money* e *Wilkes vs. Woods*. A análise destes casos se faz interessante a partir do momento em que estes são citados como os marcos de origem e de aplicação dos *punitive damages* no ordenamento inglês.<sup>29</sup>

O entendimento era o de que punições civis advindas desse abuso só se dariam a membros do governo e não a cidadãos comuns, por mais repulsivas e repugnantes que fossem, e o caráter para imputação era o de alternatividade das condutas – o servidor que cometesse algum ato opressivo ou arbitrário ou inconstitucional já teria configurada a aplicação dos danos punitivos.

No caso *Huckle vs. Money*, por exemplo, tem-se a conduta inconstitucional de um membro do governo, já que o caso se trata de prisão por equívoco, restando configurada a indenização punitiva<sup>30</sup>.

No caso *Wilkes vs. Wood*, o tribunal, pela primeira vez, foi favorável à condenação a um valor maior que o valor do dano sofrido, como forma de se prevenir outros comportamentos semelhantes e para castigar o ofensor. A alegação foi a de que indenizações insignificantes iriam de encontro com os direitos civis do ofendido.<sup>31</sup>

A ideia central das verbas punitivas seria, desta forma, diferente do conceito reparador em que o ordenamento jurídico brasileiro se firma – o *civil Law*: enquanto no direito brasileiro a responsabilidade pelo dano se dá com fins de se reparar o dano causado,

<sup>28</sup> Texto completo disponível em: < <http://www.emplaw.co.uk/lawguide?startpage=data/13102000.htm>>. Acesso em 28 jan. 2013.

<sup>29</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *op.cit.*

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> HERRERA, Edgardo López. *Los daños punitivos en el derecho angloamericano*. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011. p. 278.

no *common law* há um aumento dessa possibilidade de reparação, a qual vai além da cessação do dano ou da restituição do *status quo* de quem sofreu o dano, mas têm um caráter punitivo e preventivo.

Em um viés econômico, entende-se que há uma diferenciação entre danos passíveis de indenização e outros não indenizáveis. Enquanto os primeiros, também denominados de *actual damages*, fazem alusão ao prejuízo sofrido, líquido e certo de ser determinado (caráter reparador), os danos não indenizáveis seriam, nesse sentido, os quais serviriam para castigar o ofensor (caráter sancionatório)<sup>32</sup>.

Mayo e Crovi explanam e especificam, de acordo com análise feita baseada na jurisprudência norte-americana, cinco casos típicos de aplicação dos *punitive damages* que seriam:

“1) Conducta comercial fraudulenta; 2) Violación de previsiones concernientes al estándar de seguridad de los productos; 3) Inadecuada verificación y control de los mismos; 4) Falta de un adecuado aviso sobre los peligros conocidos de mercaderías o productos; 5) Responsabilidad de la sociedad productora o fabricante por no haber eliminado los daños conocidos o conocibles”.<sup>33</sup>

Vale então delimitar a conceituação de *punitive damages* para melhor tentar entender quais são os aspectos em que haverá real afetação quanto à responsabilidade civil brasileira e, nessa seara, temos, nos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, “que a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo de mudança de paradigma da responsabilidade e atende dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de restrição)”.

Na opinião de André Gustavo de Andrade, os *punitive damages* seriam a indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu como negligência, malícia ou dolo<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **El daño punitivo y la interpretación económica del derecho (Dejar hacer o controlar el mercado)**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011. p. 151.

<sup>33</sup> LOPEZ HERRERA, Edgardo *apud* MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. **Penas civiles y daños punitivos**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011. p. 12.

<sup>34</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *op.cit.* p.186.

## 2.2 A teoria do desestímulo

Ao lado da aplicação dos *punitive damages*, encontra-se a teoria do valor do desestímulo, originária do ordenamento norte-americano, tem como fundamento a punição com caráter exemplar ao causador do dano, inibindo e desestimulando a repetição da conduta danosa.

Vale pensar que a indenização pode ter basicamente duas naturezas: uma compensatória (*compensatory damages*) e outra punitiva/exemplar (*punitive damages* também podem ser chamados de *exemplary damages* ou *vindictive damages*). Enquanto a primeira categoria baseia-se na compensação em razão das perdas e danos sofridos, a segunda é não se atrela especificamente a um dano, mas tem um viés claramente punitivo, inibitório e preventivo da reiteração de comportamentos danosos abusivos.<sup>35</sup>

Ao se analisar os casos de aplicação dessa teoria nos Estados Unidos, percebe-se a problemática da teoria do desestímulo nos inúmeros casos de indenizações milionárias provenientes de acontecimentos triviais.

## 2.3 Hipóteses de aplicação

Mesmo não sendo pacíficas a doutrina e a jurisprudência acerca da importação dos *punitive damages* para o ordenamento jurídico brasileiro, vale analisar os casos em que já são possíveis verificar atuações favoráveis a sua aplicação.

O primeiro caso em análise seria o julgamento do Resp nº 210101<sup>36</sup> que trata sobre danos morais devido a acidente de trânsito com vítima fatal, em que há a discussão sobre o *quantum* indenizatório e no qual se abre a possibilidade de majoração da indenização, justamente com esse viés de desestimular a repetição da ação danosa.

---

<sup>35</sup> ANDRADE, André Gustavo. **Indenização Punitiva**. Disponível em: [http://portal.tj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://portal.tj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em 28 jan. 2013. p.1.

<sup>36</sup> Resp 210101 / pr recurso especial 1999/0031519-7 Relator(a) Ministro Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. Data do julgamento 20/11/2008. Data da publicação/Fonte dje 09/12/2008.

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de em seu relatório afirmar que os *punitive damages* não são compatíveis em sua totalidade com o ordenamento pátrio, abre a possibilidade para a sua aplicação desde que de forma contida, respeitados todos os outros institutos normativos já existentes.

O STJ coloca em evidência, ainda, a problemática do enriquecimento do ofendido sem justa causa em contraposição a essa indenização do ofensor.

Também nessa linha, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou, em 2009, ação civil pública em desfavor da Emplavi Empreendimentos Imobiliários LTDA devido a irregularidades na campanha publicitária que induzia o consumidor, de forma dúbia, que a destinação dos imóveis era residencial, quando, na verdade, o alvará era para a construção de imóveis de uso comercial.

Nessa ocasião, o Ministério Público pediu a condenação em verbas punitivas a fim de desestimular condutas análogas e impedir o desvirtuamento dos imóveis construídos pela empresa.<sup>37</sup>

Outro caso em que o Ministério Público arguiu a condenação em verbas punitivas a título de danos morais difusos foi na ação civil pública contra a Souza Cruz S/A<sup>38</sup> no que tange a publicidade antijurídica de tabaco com uso de mensagens subliminares e técnicas visando o público alvo de crianças e adolescentes: a ofensa a direitos difusos em tamanha proporção evidenciam a gravidade da conduta do ofensor.

Vale então abordar os três aspectos em que se faz possível a análise da aplicação de verbas punitivas no ordenamento jurídico brasileiro: dano moral, culpa grave do ofensor e lucro ilícito do lesante.<sup>39</sup>

Primeiramente, o dano moral, entendido como ofensa a algum dos direitos personalíssimos, é exigível e possibilita a aplicação da indenização punitiva, mesmo sem previsão legal, quando da ofensa a atributos inerentes à pessoa humana ou a direitos correlatos de alguma pessoa jurídica, com fundamentos constitucionais no princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção aos direitos da personalidade.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Texto completo disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php/imprensa-menu/noticias/notcias-2009-mainmenu-372/1386-mpdft-entra-com-acao-contra-a-emplavi>. Acesso em 28 jan. 2013.

<sup>38</sup> Texto completo disponível em: [http://actbr.org.br/uploads/conteudo/185\\_DF270851publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/185_DF270851publicidade.pdf). Acesso em 28 jan. 2013.

<sup>39</sup> ANDRADE, André Gustavo. *op.cit.* p.9.

<sup>40</sup> *Ibidem*.p.10.

Os obstáculos trazidos pelo ordenamento do *civil law* para a aplicação da indenização punitiva à luz do dano material vão desde a falta de positividade de regra sancionatória, até o fato de que, no nosso ordenamento, a indenização de dano material se mede pela extensão do dano, diferentemente do que ocorre com o dano moral, que tem sua essência economicamente incomensurável.<sup>41</sup>

Tais questões são mais maleáveis no âmbito do dano moral, uma vez que não constitui óbice à aplicação da indenização punitiva a falta de previsão legal devidamente positivada, já que o fundamento de sua aplicação é embasado em princípios constitucionais, os quais colocam a utilização dos *punitive damages* como resposta jurídica eficaz às ofensas aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.<sup>42</sup>

No que se refere à culpa grave do ofensor, a problemática surge justamente pelo fato de a responsabilidade civil tradicional ignorar essa análise do grau de culpa *lato sensu* do agente ofensor: o dever de indenizar, uma vez que a indenização é medida pela extensão do dano, subsiste em igual proporção independentemente de a conduta ser culposa ou dolosa, tendo como exceção quando o magistrado considerar desproporcional a relação entre eles (dano e indenização).<sup>43</sup>

Eis que, no entanto, no que diz respeito à aplicação da indenização punitiva, a análise do grau de culpa da conduta do agente ofensor é essencial para sua qualificação e quantificação, podendo exceder, ao contrário do que acontece com o dano material, a importância dos prejuízos causados.<sup>44</sup>

Para tanto, a aplicação seria reservada a casos extremos em que a conduta do ofensor fosse configurada como extremamente reprovável e/ou merecedora de censura, ou seja, casos em que haja dano moral decorrente de dolo ou de culpa grave, encontrando campo fértil justamente neste campo em que o ato danoso fora praticado com intenção lesiva ou ignorando o direito da vítima ou de terceiro - já que a indenização punitiva objetiva prevenir a prática de outras ofensas contra direitos da personalidade.<sup>45</sup>

Nesse sentido, faz-se necessária a explanação detalhada sobre os aspectos em que o dolo ou a culpa interferem nessa análise de aplicação da indenização punitiva.

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> GONZALEZ, Matilde Zavala *apud* ANDRADE, André Gustavo. *idem.*

<sup>45</sup> ANDRADE, André Gustavo. *op.cit.* p. 11.

Enquanto o dolo se perfaz de uma conduta intencionalmente dirigida à produção de um resultado danoso, tanto almejada pelo ofensor – dolo direto – quanto aceito por ele – dolo eventual –, e é imbuído de intenção maligna, percebe-se a necessidade de uma resposta jurídica a altura, ou seja, mais severa. Não que para a caracterização do dolo haja necessidade da comprovação dessa intenção maligna, mas apenas que haja consciência e vontade dirigida à produção do resultado lesivo, pois pode ser que a intenção do agente seja a de obter um benefício para si e não necessariamente o de prejudicar alguém.

Por outro lado, a culpa grave é a que decorre de imprudência ou de negligência grosseira<sup>46</sup>, em que o ofensor atua com “grosseira falta de cautela”<sup>47</sup>, não sendo necessária a previsão da ocorrência do resultado, mas sim a simples inobservância do dever de cuidado.<sup>48</sup>

A quantificação do grau de culpa do ofensor varia e é decorrente da análise de aspectos como a repetição da conduta danosa e/ou de constituir padrão de conduta negligente para agravar e configurar caso de culpa grave, em vez de culpa leve, como se configuraria em uma análise isolada.

Temos, como exemplo, empresas que, mesmo cientes de defeitos em seus produtos ou serviços e que esses defeitos geram danos aos seus consumidores, não se preocupam em saná-los: havendo conduta reiterada, não há como se falar em culpa leve.

A culpa leve se dará em casos em que a falta pode ser evitada com atenção ordinária, ao se considerar um homem comum e a culpa levíssima é configurada pela inobservância a um cuidado extraordinário, considerando um homem prudentíssimo.<sup>49</sup> Em ambos os casos, a indenização punitiva se faz incabível.

Finalmente, no que diz respeito ao último aspecto, a indenização punitiva visa justamente evitar a obtenção de lucro com ato ilícito, servindo este de pressuposto secundário, apesar de haver doutrina que acredite se tratar de pressuposto primordial da aplicação dos *punitive damages*.<sup>50</sup>

O que ocorre é que não há uma correlação necessária em que os *punitive damages* só possam ser aplicados quando houver essa situação fática do lucro ilícito. Nem sempre haverá

---

<sup>46</sup> RODRIGUES, Silvio *apud* ANDRADE, André Gustavo. *op.cit.* p.11.

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *op.cit.* p.58.

<sup>48</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de *op.cit.* p. 216.

<sup>49</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *op.cit.* p.58.

<sup>50</sup> GONZALEZ, Matilde Zavala de *apud* ANDRADE, André Gustavo. *op.cit.* p.12.



configurada a obtenção do lucro ilícito, mas haverá a possibilidade de aplicação das verbas punitivas, pois restarão configurados os outros fatores.

A obtenção de lucro por ato ilícito é pressuposto, mas não é fundamental para a caracterização e para a fundamentação e aplicação dos *punitive damages*. Tem-se que, o caminho oposto é válido: quando houver ganho ilegítimo consequente de ato ilícito, independentemente da gravidade da culpa do ofensor, será cabível a aplicação da indenização punitiva.

Um exemplo seria o caso em que resta verificado que o agente obtém lucro de um ato ilícito praticado sem intenção lesiva ou mesmo sem se dar caracterizada a reprovabilidade da conduta lesiva, ou seja, caso de dano moral decorrente de culpa leve: não faz sentido que o ofensor possa manter a vantagem econômica ilicitamente obtida em detrimento de direito alheio mesmo ausente o requisito de culpa grave.

Desta forma, haja vista os preceitos constitucionais elencados no inciso I do artigo 3º, o imperativo de justiça norteador do ordenamento jurídico brasileiro repugna a obtenção de proveito com um ato ilícito, possibilitando o debate para a aplicação da indenização punitiva com esse efeito.

Outros julgados que reconhecem a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil podem ser citados como o Resp nº 389.879<sup>51</sup> – MG, em que se cogitou o dano moral firmado na conduta abusiva do réu, que além de emitir indevidamente uma duplicata (no valor aproximado de R\$600,00), a levou a protesto.

O Tribunal arbitrou um montante a título de danos morais – os quais seriam proporcionais ao grau de culpa e à capacidade econômica das partes - e reconheceu a natureza punitiva e preventiva da indenização, fixando como condenação o valor de R\$10.000,00.

A maioria dos julgados têm em comum que a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice no fato de no ordenamento jurídico brasileiro, *civil law*, haver a vedação ao enriquecimento sem justa causa. E, dessa forma, a fundamentação para a aplicação se fixa nos critérios adotados para arguir o montante indenizatório do dano moral.

---

<sup>51</sup> Resp 389.879 – MG. Rel. Min. Sílvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Tuma. Data do Julgamento 16/04/2002.

## ***PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

A divergência doutrinária quanto à aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* no nosso ordenamento evidencia a problemática de não haver qualquer norma positivada que legitime sua aplicação, mas sim que sinalize o dano moral com caráter exclusivamente reparador e não punitivo<sup>52</sup>.

Nesse sentido, como já abordado no capítulo anterior, os aspectos cultural e social influenciaram bastante no desenvolvimento e aplicação deste instituto no direito brasileiro - a influência da Igreja Católica em todo o colonialismo brasileiro norteou o desenvolvimento do Direito pátrio com um viés completamente distinto das ideias de compensação da dor de forma pecuniária como no *common law*.<sup>53</sup>

Enquanto na Inglaterra e nos Estados Unidos, a ideia era a de punir, pensamento inteiramente baseado no sentimento de vingança, no Brasil, o desenvolvimento do direito canônico teve importância fundamental para os liames do direito civil, mais especificamente da responsabilidade civil, que, devido à ideia de justiça comutativa – defendida principalmente por São Tomaz de Aquino -, repudia a vingança e se funda em conceitos de perdão e justiças cristãs.<sup>54</sup>

A ideia de punição fundada na compensação pecuniária do sofrimento imbuída no ordenamento anglo-saxão, contrária ao pensamento católico de perdão presente na cultura jurídica brasileira, em conjunto com o repúdio à ideia de enriquecimento ilícito, evidencia a problemática da resistência da naturalidade de se destacar a ideia da indenização punitiva de uma pena de caráter privado e de pensar o dano moral com um viés punitivo.<sup>55</sup>

A constituição do Estado e da sociedade brasileiros também contribuem na não aceitação do instituto: a colonização de forma centralizada, com o Estado soberano, rígido e responsável pelos seus cidadãos não deu abertura para o desenvolvimento da sociedade como se deu com os americanos, em que o Estado é apenas instrumento para o ajustes de situações conflituosas.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *op.cit.* p. 98.

<sup>53</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 207.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*. p. 209.

<sup>56</sup> *Idem*.

A constituição e a colonização do Estado brasileiro também são fatores de importância fundamental para justificar essa resistência à aplicação dos *punitive damages*: a verticalização da sociedade (de cima para baixo) com as figuras centralizadoras de um imperador e de um Estado provedores colocam a sociedade como dependente destes para a resolução de conflitos.

Uma série de fatores – tanto positivos quanto negativos – são levantados quando da análise de todos esses aspectos na defesa pela aplicação do *punitive damages* no ordenamento brasileiro, desde a forma de colonização e a influência do direito canônico até na forma como que o Estado interage nas relações sociais e na resolução de conflitos – o instituto coloca como foco primordial a conduta do autor e a reprovabilidade dessa conduta perante a sociedade e o dano assume um papel secundário, nesse cenário.

### 3.1 Suporte normativo para sua aplicação

Cada dia mais, são verificados casos em que os direitos de diversos cidadão são lesados reiteradamente: a atuação abusiva nas relações jurídicas, principalmente nas provenientes de relações de consumo, e a indenização compensatória irrelevante não forçam aos agentes a mudarem sua postura nem a deixarem de praticar tais agressões aos direitos fundamentais do cidadão.

Se fossem casos isolados, não haveria porque falar em indenização punitiva, mas sim restaria suficiente a simples condenação por danos morais. Na prática, no entanto, não é o que se observa: são inúmeros os casos de condutas lesivas e desrespeitosas com o cidadão.

Casos como o de bancos que inscrevem o correntista em cadastros de crédito, negativando o seu nome, ou que enviam, sem a solicitação do cliente, cartões de crédito para sua residência, ou o de planos de saúde que se recusam injustificadamente a prestar determinado serviço a seu filiado, ou empresas de telefonia, que incorrem muito em erros nas faturas, cancelam a linha do consumidor arbitrariamente, atribuem ao cliente produtos e serviços que este não requereu, empresas aéreas brasileiras com seus overbooking, atrasos e cancelamentos injustificados de vôos, desvio de bagagem, entre outros, são muito comuns.

O desrespeito com o consumidor, em um primeiro momento, abre um leque de pensamentos nas possibilidades de aplicação de penalidades que realmente desestimulassem essas condutas, punindo o ofensor pela gravidade do ato danoso e de sua conduta.

A urgente necessidade de uma resposta jurídica eficaz a esses novos problemas que surgem com a falta de atendimento adequado por parte do fornecedor/fabricante, no tocante aos casos de relações consumeristas, deixa cada vez mais atrativa a indenização punitiva como salvadora e solucionadora de todo o mal que anda afligindo a sociedade como um todo e mais especificamente, os consumidores.

Uma vez que não há norma positivada acerca da aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, surge a problemática de se utilizar a sentença civil para sedimentar sua utilização, pois percebe-se afronta real à garantia constitucional do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, também conhecido como *nulla poena sine lege*.<sup>57</sup>

Não caberia ao juiz, desta forma, utilizar a ação de responsabilidade civil para aplicar sanções penais, já que, em nosso ordenamento, somente lei pode instituir pena ao agente do ato ilícito e como não há lei que tenha isso expresso, não haveria basilar algum para sua aplicação.<sup>58</sup>

A responsabilidade civil, em nosso ordenamento, tem como norteador a vítima e o dano e não o ato do ofensor. Isso é percebido principalmente pela redação do artigo 944 do Código Civil de 2002, pelo qual se tem que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Ainda analisando este artigo, seu parágrafo único, no entanto, traz uma ideia diferente de toda a trazida como basilar da responsabilidade civil, levando em consideração também a conduta do ofensor no montante indenizatório, conforme verifica-se:

“Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

No âmbito da aplicação dos *punitive damages*, no entanto, nada ajuda esse instituto, uma vez que não autoriza que transpasse do dano o montante indenizatório, mas apenas que a conduta do ofensor possa ser levada em conta para ter reduzido esse montante indenizatório.

<sup>57</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 5. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 82.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 81.

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) faz alusão, em seu artigo 53, a possibilidades de indenizações com caráter punitivo, no tocante ao dano moral, conforme verificamos, *in verbis*:

Art . 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido.

No artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações também fica evidente esse caráter punitivo da indenização, a qual leva em consideração a figura do causador do dano, em aspectos econômicos e no que tange também a culpabilidade de sua conduta:

Art.84 – Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas.

Ainda no tocante à análise de fragmentos do ordenamento jurídico brasileiro, Yagüez avalia o artigo 940 do Código Civil e o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor e defende que esses dispositivos têm efeitos muito próximos aos efeitos dos danos punitivos:

“Esta fórmula de condena “al doble” recuerda las invocaciones que a veces se hacen, para justificar los daños punitivos, a reglas del Derecho histórico. No es cuestión, desde luego, de entrar en consideraciones de mera erudición sobre ejemplos que el Derecho de la antigüedad presenta sobre normas por las que se condenaria al autor de un daño a *más* del daño realmente sufrido por la víctima. El Código de Hammurabi y lá Bíblia muestran ejemplos muy expresivos.”<sup>59</sup>

Destarte, ensina André Gustavo Corrêa de Andrade que a Constituição Federal ao tratar dos direitos personalíssimos, do dano moral e do princípio da dignidade humana dá sentido à aplicação da indenização punitiva, sendo a aplicação dos *punitive damages* forma de se reconhecer constitucionalmente tais direitos<sup>60</sup>.

Esses direitos, chamados de direitos fundamentais, são de suma importância na hierarquia normativa brasileira e, para sua melhor efetivação no meio social, devem ser

<sup>59</sup> GOTANDA *apud* YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel. **Los daños punitivos em el derecho continental europeo**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011. P. 171.

<sup>60</sup> ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 237.

protegidos, sendo necessário para tanto a atuação do Poder Judiciário sempre de forma coerente com o contexto social e buscando sempre que os prevaleça:

“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 ideia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional”.<sup>61</sup>

Nesse momento, vale indagar, então, o porquê de não separar definitivamente para a esfera penal essa parte de indenizações punitivas. A resposta é simples: no âmbito penal, só há sanção, se houver conduta tipificada (graças ao princípio da legalidade estrita), além do fato de não haver como serem previstas e tipificadas todas as condutas sociais ofensoras desses direitos fundamentais e causadoras de danos injustos. O direito penal, no Brasil, é *ultima ratio* e somente é invocado quando há o esgotamento de todas as outras esferas do direito.<sup>62</sup>

Não obsta sua aplicação, portanto, a falta de previsão legal específica para sua fundamentação e legitimidade, mas estaria toda ela calcada na necessidade e importância de se preservar os direitos fundamentais aos quais a Carta Magna faz alusão em seus artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X. O instituto dos *punitive damages* seria, destarte, um meio pelo qual se daria efetivamente a proteção a esses direitos.

Regra geral, os tribunais vêm se norteando no sentido de aplicar as indenizações com caráter punitivo sempre em que há prática abusiva por parte do ofensor, como nota-se na Apelação Civil 37.545/2007<sup>63</sup>, que trata de negativação do nome de pessoa falecida, em é verificada a possibilidade de dano moral punitivo, conforme o relator Des. Sérgio Cavalieri Filho, “para reprimir práticas abusivas, como sanção adequada ao abuso do direito”.

Desta forma, conforme podemos perceber nas relações consumeristas, devido ao alto grau de divergência no quesito capacidade econômica em relação aos polos da relação, esses abusos são por ora mais comuns que em outras relações de cunho civil: a apelação civil 36.495/2007<sup>64</sup>, da 13ª Câmara Cível entende que práticas abusivas como “demora irrazoável para cancelar serviços não solicitados ou que se tornaram desnecessários, cobranças indevidas, ameaça de negativação do nome” não podem ser consideradas meros

<sup>61</sup> ANDRADE, André Gustavo de. *op.cit.* p. 238.

<sup>62</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 53.

<sup>63</sup> TJRJ, Ap. civil 37.545/07, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

<sup>64</sup> TJRJ Ap. Civil 36.495/2007, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

aborrecimentos e dão ensejo à aplicação de indenização com caráter punitivo desde que respeitados os limites da gravidade do ilícito civil com fins exclusivamente exemplificativos e pedagógicos.

Vale frisar, nessa passagem, que a aplicação é justificada pela gravidade da conduta do ofensor e por sua reiterada atuação, não se tratando, portanto, de uma simples aplicação de dano moral, cujo cunho é essencialmente reparador, mas sim da necessidade, devido à complexidade fática, de haver uma resposta social de caráter repressor para/com o ato praticado pelo ofensor.

### 3.2 Aspectos desfavoráveis para a sua aplicação

Na seara doutrinária, muito tem se argumentado sobre a aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento e conforme verificado anteriormente, há uma celeuma quanto à doutrina no que tange à aceitação e à aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. Alguns pontos relevantes servem de objeção para a aplicação prática desse instituto, como, por exemplo, o montante exorbitante das indenizações e, conseqüentemente, o enriquecimento sem justa causa do ofendido.

Os *punitive damages* encontram óbice, primeiramente, quanto à aceitação do instituto, uma vez que não há norma positivada acerca de sua aplicabilidade<sup>65</sup>: o ordenamento jurídico brasileiro é moldado na responsabilidade civil com caráter essencialmente reparador e não punitivo.

Essa resistência se dá devido ao fato de a colonização brasileira ter tido grande influência da religião, diferentemente do que aconteceu com a Inglaterra e os Estados Unidos, que não tiveram esse aspecto religioso, e, por isso, têm historicamente uma aceitação maior comparativamente ao Brasil<sup>66</sup>.

A partir da análise de cada um desses aspectos, percebe-se a motivação da resistência que há, ainda, no Brasil, para a sua aplicação: enquanto a Inglaterra e os Estados Unidos tinham internalizado em seus pensamentos a compensação pecuniária da dor como basilar da

---

<sup>65</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 98

<sup>66</sup> LEVY, Daniel de Andrade. *op.cit.* p. 207.

reparação do dano moral, no Brasil, a ideia católica do perdão repudiou esse viés financeiro de compensação do sofrimento. Daí a essência reparadora que norteia o direito civil brasileiro centralizada na figura da vítima, ao passo que nos ordenamentos inglês e norte-americano os danos morais são atrelados ao conceito de punição do ofensor.<sup>67</sup>

No entanto, a evolução natural que a responsabilidade civil teve no direito brasileiro trouxe a indagação sobre a possibilidade de aplicação das indenizações punitivas no que tange aos danos extrapatrimoniais, já que, como verificado anteriormente, impera a impossibilidade em relação aos danos patrimoniais.

Ainda, mesmo com a lesão a direito personalíssimo, em alguns casos, percebe-se que não há necessidade de sanção merecedora de caráter retributivo ou de punição, já que o dano seria proveniente de culpa leve ou seria independente de culpa – responsabilidade objetiva.

Nos casos de culpa leve, verifica-se que mesmo com a violação do dever de cuidado e conseqüentemente com uma lesão proveniente de ato ilícito, não há que pensar nesse viés punitivo para o ofensor. A indenização por dano moral, nesse cenário, só se justificaria no sentido de recompensar a vítima pelo dano, nada tendo de função punitiva ou preventiva.<sup>68</sup>

Ainda, vale frisar a ressalva de que, quando se tratar de caso de obtenção de lucro por ato ilícito, mesmo se tratando de culpa leve, a indenização punitiva deverá ser imposta a fim de impedir o agente de se beneficiar do ato danoso.

Fica, desta forma, evidente o caráter excepcional da indenização punitiva que, conforme já explanado no capítulo anterior, deve ser aplicado em casos que o dano deriva de comportamentos espetacularmente reprováveis.

A indenização compensatória deve continuar, então, presente a todos os casos que não os elencados acima, relacionando o dano e sua extensão para dar fim ao que seu fundamento teórico faz jus.

No tocante à responsabilidade objetiva, não faz sentido se falar em indenização punitiva, haja vista seu fundamento ser calcado no risco proporcionado por uma dada

---

<sup>67</sup> *Ibidem* p.208.

<sup>68</sup> ANDRADE, André Gustavo. **Indenização Punitiva**. Disponível em: [http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em 28 jan. 2013. p. 19.



atividade e essa ausência do quesito culpa afasta a qualquer fundamento para a aplicação dos *punitive damages*.

Como exceção a essa regra da responsabilidade objetiva, quando comprovada a atuação do agente ofensor com culpa grave ou dolo, será possível a aplicação dos *punitive damages*.

Por exemplo, nos casos nos quais a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, que o dano moral decorre do fato do produto ou do serviço, a aplicação da indenização punitiva estaria atrelada à comprovação o evento decorreu de culpa grave, a cargo do consumidor atingido.<sup>69</sup>

Nesse sentido, artigo 932 do Código Civil, embora trate de responsabilidade objetiva, abre o precedente para a aplicação de indenizações punitivas nos casos de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro se houver a comprovação de culpa grave do responsável. Ou seja, haverá de ter necessariamente a demonstração de culpa grave, quando um dano causado pelo descumprimento do dever de guarda e vigilância por um pai, tutor ou curador, por exemplo.<sup>70</sup>

Da mesma forma, a responsabilidade pelo fato das coisas e dos animais condiciona a imposição dos *punitive damages* à comprovação de que o dano moral é proveniente de um grave descumprimento pelo proprietário ou possuidor da coisa ou do animal do dever de guarda e vigilância.

A responsabilidade objetiva oriunda da relação trabalhista, em que o empregador é responsável por seus empregados e/ou prepostos no exercício de suas atribuições, dá ensejo à aplicação dos *punitive damages* em casos de culpa comprovada, ou seja, em casos em que se configura o dano moral praticado pelo empregado quando demonstrado que agiu autorizado ou seguindo as instruções do empregador ou quando incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado.<sup>71</sup>

Ainda na seara da responsabilidade civil objetiva e de seus limites para a aplicação das indenizações punitivas, vale finalizar a análise com a responsabilidade civil do Estado, elencado no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, em que se percebe a necessidade de comprovação de que o dano é decorrente de comportamento imbuído em culpa

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> *Idem*.

grave do agente público, e com a análise da responsabilidade por omissão específica do Estado, que impõe a demonstração do comportamento omissivo como grave negligência do ente público para a aplicação da indenização punitiva.<sup>72</sup>

### 3.2.1 A problemática das indenizações e do enriquecimento do ofendido

Apesar da subjetividade inerente à fixação do valor da indenização punitiva, deve-se ater sempre ao respeito aos princípios constitucionais, a fim de essa atividade não se tornar uma arbitrariedade, e sim garantir a segurança jurídica durante todo o processo.

Esse controle do julgado é essencialmente feito pela fundamentação normativa e principiológica dada pelo juiz em sua decisão, ao passo que é impossível se pautar somente em critérios objetivos e de razoabilidade para a definição de *quantum* indenizatório a título de *punitive damages*<sup>73</sup>.

Ao magistrado caberá justificar o valor estabelecido fundamentando-o, com maior objetividade possível, em princípios e aspectos relevantes e palpáveis para a estimativa do montante indenizatório, mesmo que, no que se refere à indenização punitiva, seja mais complicada essa estimativa por não fazer relação direta com o dano sofrido.

O caráter compensatório, presente nessas indenizações, por ter uma finalidade completamente distinta por ter foco no dano e na vítima, não deve nortear, nem limitar a fixação da indenização punitiva, a qual não pode também destoar das finalidades a que se presta - punir a conduta lesiva e prevenir novos ilícitos.

Para se fazer a quantificação da indenização punitiva de forma correta, sem reduntar em um ilegítimo *bis in idem*, é necessário afastar considerações ligadas à compensação da vítima do dano moral, avaliando o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor, o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *op.cit.* p.190.

<sup>74</sup> ANDRADE, André Gustavo. **Indenização Punitiva**. Disponível em: [http://portal.tj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://portal.tj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em 28 jan. 2013.p. 21.

Ou seja, ao considerar a premissa de que muitos ilícitos civis também são ilícitos penais, o argumento de que a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro levaria ao *bis in idem*, considerando que o ofensor fosse punido na esfera cível e criminal pelo mesmo feito, é levantado por muitos os que rechaçam a compatibilidade da indenização punitiva no ordenamento pátrio.

No entanto, não prospera tal argumento de violação ao princípio do *non bis in idem* à luz de que a essência de ambas sanções (penal e civil) têm naturezas completamente distintas, como verificado, por exemplo, no caso em que dirigir veículo automotor sem habilitação tem o caráter civil – a infração de trânsito – e penal – o crime tipificado-: há a multa administrativa e a multa criminal, que independem uma da outra, apesar de terem sua gênese no mesmo fato, aceitando, portanto a cumulação das indenizações punitivas com sanções penais de natureza não pecuniárias<sup>75</sup>

Em outras palavras, o método que tem se mostrado mais justo e eficaz no tocante a fixação do montante da indenização punitiva é o que separa a apuração da indenização compensatória do mesmo dano da apuração da indenização punitiva, pois se mostra transparente quanto à utilização de critérios e do juízo de valor feito pelo magistrado e possibilita a verificação do peso de cada um dos critérios utilizados para cada uma das indenizações (compensação do dano, reprovabilidade da conduta etc).

Assim, apesar de na prática o cálculo das parcelas se dar de forma separada, ambas (compensatória e punitiva) comporão o montante de indenização por dano moral.

As indenizações exorbitantes, que são diariamente veiculadas pela mídia, a respeito de casos comuns nas cortes americanas trazem cada vez mais descrédito e resistência quanto à aplicação do referido instituto no ordenamento brasileiro – muitas delas desproporcionais ao efetivo dano sofrido.

Nos Estados Unidos, é o júri quem fixa os *punitive damages*, papel que foi desgastado devido aos diversos casos de abusos, “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, gerando um clima de insegurança quanto a aplicação do instituto.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.294.

<sup>76</sup> 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: 31 jan. 2013.

O seu uso indiscriminado acabou por fazer desgastar sua função essencial e a ideia da aplicação, no sistema americano, que se popularizou se assemelharia a ganhar um prêmio da loteria. Isso gerou uma grande crise no *tort law* americano, uma vez que houve desvirtuamento do instituto da responsabilidade civil com essa “indústria do dano moral” que acabou se formando pela forma com que pequenos dissabores da vida cotidiana passaram a constituir fundamentos para pessoas se aproveitarem da situação e receberem altas quantias.

Na verdade, as indenizações em que se verificam a aplicação dos danos punitivos nas cortes americanas dividem-se em duas partes – uma que diz respeito à compensação e outra que engloba as verbas punitivas.

Em uma análise comparativa, a primeira parte (que possui o caráter compensatório e reparatório) não vai de encontro com o ordenamento jurídico brasileiro. É justamente a parte punitiva que gera celeuma no meio jurídico brasileiro, uma vez que o alto valor indenizatório gerar um enriquecimento sem causa do ofendido.

Apesar de a lei brasileira não estipular limites para o *quantum* indenizatório, o princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa é o que vem sendo usado como fundamento para a negativa de aplicação dos *punitive damages* pelos tribunais brasileiros.

No direito brasileiro, o valor da indenização é estipulado por meio da análise da extensão do dano, da condição econômica das partes e do efeito pedagógico que a indenização pode gerar no ofensor. Destarte, problemáticas provenientes do Direito Ambiental fazem-se necessárias para a compreensão da proposta de aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento: empresas causadoras de grandes danos ambientais têm suas multas definidas pelo montante de seu patrimônio líquido, além de serem obrigadas a não só reparar os danos causados, mas também a reconstituir o meio ambiente. Esse valor não vai diretamente a nenhum cidadão afetado pelo dano ambiental, mas é revertido, por meio do Fundo de Direitos Difusos, em prol da sociedade.

Esse Fundo de Defesa dos Direitos Difusos compõe-se tanto de organismos não governamentais, como de sociedades filantrópicas que têm como objetivo difundir a educação de cidadãos.

Por fim, apesar de nebulosa, a questão da destinação do valor da indenização punitiva deve ser discutida e enfrentada a fim de dar maior eficácia e eficiência ao instituto, principalmente no que diz respeito a sua sedimentação no ordenamento jurídico brasileiro,

uma vez que não pode gerar o enriquecimento sem justa causa do ofendido às custas do ofensor.

Neste contexto, pode ser citado o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), em que prevê que “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 reconstituição dos bens lesados”.

A solução é coerente já que por tratar de lesões a direitos difusos, ou seja, por afrontar os direitos de uma coletividade é razoável que o valor da indenização seja revertido em atuações em prol da sociedade, ou mais especificamente, da coletividade afetada direta ou indiretamente.

No Brasil, como a aplicação dos *punitive damages* é feita nos casos em que há lesão de direitos difusos e, a fim de não afetar o patrimônio das vítimas gerando um enriquecimento sem causa, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos parece ser a melhor solução para o destino do montante das indenizações punitivas.

Nesse sentido, no âmbito do direito das relações de consumo, também pode ser verificada a aplicação dessa sistemática no que diz respeito à violação de direitos difusos de uma coletividade de consumidores.

Temos, por exemplo, quando da condenação de fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos, como pílulas anticoncepcionais que não funcionam ou causam efeitos colaterais graves, implantes de silicone inapropriados para o uso humano, que evidenciam exatamente o que impulsiona a aplicação dos *punitive damages* que, às vezes, em vez de consertar o defeito no produto é economicamente mais viável e vantajoso o pagamento das indenizações compensatórias – até porque nem toda vítima requer judicialmente uma indenização.

A função pedagógica da indenização punitiva fica clara, então, uma vez que, nesse âmbito do direito das relações de consumo, pressionaria as empresas a abandonarem essa posição de descaso com o consumidor, testando mais ainda seus produtos antes de colocá-los no mercado.

## CONCLUSÃO

Repensar a responsabilidade civil e suas funções é essencial para a adaptação do direito à sociedade contemporânea com suas novas relações interpessoais e novos contextos fáticos e problematizações e, nesse contexto, os *punitive damages* não aparecem somente como mero instituto do direito alienígena desconexo com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim enfatizam essa transformação pela qual a responsabilidade civil vem passando nas últimas décadas.

A função reparadora, *per si*, não se mostra mais tão eficaz no contexto social quanto deveria e dá ensejo, no que tange a responsabilidade civil subjetiva, à aplicação de mecanismos punitivos a fim de que haja a represaria ao comportamento do ofensor perante a vítima.

Fato é que os *punitive damages* têm um caráter de excepcionalidade no que diz respeito a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro: as problemáticas da importação do instituto oriundo do *common law* intimidam sua utilização por parte dos magistrados brasileiros e geram controvérsias na doutrina quanto a sua aplicação. Sua aceitação é basicamente calcada no direito das relações de consumo e no direito ambiental – ramos do direito em que se percebe a fragilidade de um dos polos da relação (consumidores e cidadãos) e do objeto tutelado (meio ambiente).

Os casos estudados no decorrer do trabalho demonstram a preocupação do magistrado em utilizar as verbas punitivas somente nos casos em que se faz verificado abuso de direito quanto à conduta do ofensor, ou seja, quando o ato ofensivo for gravemente reprovável e que se fizer necessária a sanção civil para fins de desestimular a repetição do feito pelo ofensor e prevenir que outros também o façam.

Duas são as maiores preocupações nesse sentido: a primeira seria no sentido de quem deveria ser o beneficiário do montante da indenização punitiva e se haveria enriquecimento sem justa causa do ofendido e a segunda de se esse caráter punitivo não deveria ser somente lido no âmbito da responsabilidade penal e não da civil como estaria sendo.

Quanto ao primeiro ponto, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos soluciona a problemática do enriquecimento sem causa, uma vez que o montante das verbas punitivas não

vai em sua integralidade ao agente que sofreu o dano. Daí a abertura para verbas indenizatórias com valores significativamente altos para reprimir e prevenir (funções punitiva e pedagógica) o agente ofensor, os quais em sua maioria têm capacidade econômica relevante.

Eis o motivo principal dos altos valores das indenizações punitivas: é o meio pelo qual se conseguiu atingir de forma eficaz o ofensor com a capacidade econômica relevante para que não abusasse de sua posição dominante na relação jurídica e que seguisse e respeitasse, de fato, as normas do ordenamento impostas.

O segundo ponto, que diz respeito à diferenciação da responsabilidade civil da penal, é de simples resolução: apesar de os *punitive damages* serem de caráter essencialmente sancionatório, não há análise no âmbito da responsabilidade penal e não a esgota nem a eximi.

A responsabilidade penal pressupõe violação de norma penal, ou seja, há de haver tipificação, análise da culpabilidade do agente ofensor diante da turbação social causada. Por outro lado, a responsabilidade civil tem caráter mais privado e pressupõe um dano independentemente de haver ou não um ilícito penal.

Destarte, a aplicação dos *punitive damages*, nesse novo contexto jurídico em que a responsabilidade civil vem sendo interpretada, não pode ser dada ordinariamente pelo magistrado, mas sim em situações excepcionais em que houver gravidade ou reiteração do ato danoso por parte do ofensor, levando em consideração, para tanto, as consequências de sua utilização no meio social o qual afetará.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, André Gustavo. **Indenização Punitiva**. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em 28 jan. 2013.

BARBUTO NETO, Antônio Marzagão. **Os danos punitivos do Direito Norte-Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/83>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BITTAR, C. A.; **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Volume II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 16. Ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 7. Responsabilidade civil. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 487.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. — 4ª ed. rev.) — São Paulo: Saraiva, 2009.

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

HERRERA, Edgardo López. **Los daños punitivos en el derecho angloamericano**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011.



ITURRASPE, Jorge Mosset. **El daño punitivo y la interpretación econômica del derecho (Dejar hacer o controlar el mercado)**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011.

LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos *punitive damages***. Revista de Direito Privado, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8.

LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação.** Disponível em: [http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil\\_paulameiralourenco.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf).

Acesso em 28 jan. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 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: 31 jan. 2013.

MAYO, Jorge A. y CROVI, Daniel. **Penas civiles y daños punitivos**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. — 9ª ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira. **A indenização punitiva em danos patrimoniais a viabilidade jurídica da aplicação do *punitive damages* norte: americano no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, n. 30, p. 20. 2007.

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

YÁGÜEZ, Ricardo de Ángel. **Los daños punitivos em el derecho continental europeo**. Revista Derecho de Daños: Daños Punitivos. 1ª Ed – Santa Fé: Rubinzal- Culzoni, 2011.