



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FREDERICO GENTIL BOMFIM

**DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PUNITIVA DA
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Salvador
2016

FREDERICO GENTIL BOMFIM

**DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PUNITIVA DA
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

FREDERICO GENTIL BOMFIM

**DA DESTINAÇÃO DA PARCELA PUNITIVA DA
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE À LUZ
DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

AGRADECIMENTOS

À minha família, representada pela minha mãe, Rita, meu pai, Raimundo, meus irmãos, tios e primos.

À minha namorada, amiga, companheira, Larissa.

Aos meus amigos, representados pelos meus irmãos, João e Pedro.

Ao meu professor e amigo, Ermiro Ferreira Neto.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo desmistificar a problemática do enriquecimento sem causa que recorrentemente invocada como óbice à aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento e, nesse mister, indicar quem seria o destinatário final capaz de dar maior eficiência para que o referido instituto atinja suas finalidades, buscando, assim, a paz social. Para tanto, como premissa, no primeiro capítulo foi analisado o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, demonstrando que há necessidade de adotar uma ferramenta que seja capaz de assegurar que as finalidades punitiva e dissuasiva sejam eficientes quando aplicadas. No segundo capítulo desta pesquisa, analisou-se detidamente o instituto dos *punitive damages*, que foi originado nos países adeptos ao *common law*. Foram apontadas as suas origens, suas finalidades e suas restrições que servem de espelho para ponderamos a adoção deste instituto. No terceiro capítulo, foram tratados dos pontos mais relevantes para a viabilidade dos *punitive damages* ao Direito brasileiro, seus pontos convergentes e divergentes, os pressupostos para sua incidência, e as críticas da doutrina quanto à aplicação deste instituto no ordenamento pátrio. Neste ponto, foram combatidas todas as críticas, notadamente no que diz respeito ao suposto enriquecimento sem causa da vítima, valendo-se de tal análise para demonstrar que a aplicação dos *punitive damages* é viável em nosso ordenamento, desde que haja uma ponderação de princípios. Assim, vencidas as críticas, procurou-se demonstrar qual seria a opção mais eficiente quanto à destinação final do *quantum* dos *punitive damages*, capaz de atingir as finalidades punitiva e dissuasiva a que este instituto se presta, ultrapassando, assim, a barreira do enriquecimento sem causa do ofendido. Ao final, considerando que, o magistrado fundamente sua decisão à luz de algum princípio constitucional e presentes os requisitos para aplicação dos *punitive damages*, deve-se admitir a sua incidência para punir o agente ofensor e ao mesmo tempo desestimular a repetição da conduta ilícita, não havendo que se falar em enriquecimento sem causa do ofendido, devendo, ainda, ser destinado o montante da condenação à própria vítima, como forma de estímulo e recompensa por agir não somente em interesse próprio, mas em benefício de todos os jurisdicionados.

Palavras-chave: *Punitive damages*; Responsabilidade civil; Dano moral; Destinação; Enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

The present research aims to demystify the issue of unjust enrichment that recurrently invoked as obstacles to the application of punitive damages in our planning, and mister, indicate who would be the final recipient able to give greater efficiency to which the Institute achieves its purposes, seeking thus to social peace. For both, the premise in the first chapter we analyzed the development of the Institute of civil responsibility in ordering homeland, demonstrating that there is a need to adopt a tool that is able to ensure that the punitive and deterrent purposes are effective when applied. In the second chapter, analyzed in detail the punitive damages, which originated in the countries adherents to the common law. Were pointed their origins, their purpose and their restrictions that serve as a mirror to ponder the adoption of this Institute. In the third chapter, were dealt the points most relevant to the viability of punitive damages to the Brazilian law, convergent and divergent points, the assumptions for its incidence, and criticisms of the doctrine as to the application of this Institute in Brazil. At this point, all the criticism, notably with regard to the alleged unjust enrichment of the victim, taking advantage of such analysis to demonstrate that the application of punitive damages is feasible in our ranking, since your application look for achieving a constitutional principle in the case study. So, won the criticism, sought to demonstrate what would be the most efficient option as to the final destination of the quantum of punitive damages, capable of achieving the purposes and dissuasive punitive to which this Institute lends itself, overcoming the barrier of the unjust enrichment of the offended. At the end, whereas the Institute is applied by the magistrate based on a constitutional principle and the requirements for the application of punitive damages, it must admit its incidence to punish the offending agent and at the same time discourage repetition of unlawful conduct, the absence of which speak in unjust enrichment of the offended, and should be destined for the amount of the condemnation to the victim as a way to stimulate and reward for acting not only on self-interest, but for the benefit of society as a whole.

Keys-words: *Punitive damages*; torts; moral damages; destination; unjust enrichment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 ASPECTOS INICIAIS	12
2.2 BREVE RETOMADA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.3 A FINALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.4 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	16
2.5 OS RESQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.5.1 Dano	18
2.5.1.2 Dano Patrimonial x Dano Extrapatrimonial	19
2.5.1.3 Dano ilícito x Dano lícito	22
2.5.2 A conduta do agente	23
2.5.3 O Nexo causal	24
2.5.4 Do enquadramento da culpa	25
2.6 INDENIZAÇÃO	26
2.6.1 Finalidade restitutiva	26
2.6.2 Caráter punitivo como elemento excepcional da indenização	27
2.7 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO	29
2.7.1 Extensão do dano como critério legal	29
2.7.2 Quantificação da indenização à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade	30
3 DOS PUNITIVE DAMAGES	32
3.1 INTRODUÇÃO	32
3.2 AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	33
3.2.1 Função Punitiva	34
3.2.2 Função Educativa	36
3.2.3 Função Preventiva	37
3.3 DISTINÇÃO ENTRE O DANO PUNITIVO E RESTITUTIVO	39
3.4 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i>	40

3.4.1 Surgimento dos <i>punitive damages</i>	40
3.5 RESTRIÇÕES AOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	43
3.5.1 Limitação do <i>quantum dos punitive damages</i>	43
3.5.2 Destinação dos <i>punitive damages</i>	45
4 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	46
4.1 INTRODUÇÃO	46
4.1.1 Comentários acerca da jurisprudência	47
4.1.2 A viabilidade dos <i>punitive damages</i> na experiência brasileira	51
4.1.2.1 Pontos Convergentes	52
4.1.2.2 Pontos Divergentes	54
4.1.3 Requisitos para aplicação dos <i>punitive damages</i>	55
4.1.3.1 Reiterabilidade da conduta	56
4.1.3.2 Configuração de dano moral	58
4.1.3.3 Dolo ou culpa grave	59
4.2 CRÍTICA DA DOCTRINA QUANTO A APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	59
4.2.1 O enriquecimento sem causa na responsabilidade civil	60
4.2.2 Vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido	61
4.3 A DESTINAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	63
4.3.1 Destinação ao ofendido	64
4.3.2 Destinação a um fundo público	66
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil é um dos institutos mais importantes do Direito Civil. Neste ponto, uma parte da doutrina passou a defender que a responsabilidade civil, além da sua finalidade compensatória, deveria ter também outras finalidades de semelhante relevância para alcançar seus objetivos, notadamente às finalidades punitiva e preventiva. Dessa forma, para alcançar tais fins, a indenização deverá ultrapassar os estritos limites do prejuízo estabelecido no art. 944, *caput*, do CC/2002.

Estas discussões doutrinárias versam sobre as finalidades da responsabilização civil por danos morais, discutindo se englobam ou não as funções preventiva e punitiva.

Indubitável é que o dano moral demanda inúmeras discussões no que se refere à sua aplicação prática. Nessa linha, a divergência, na maioria das vezes, está na delimitação do valor da sua indenização. Assim é que se faz necessário encontrar subsídios jurídicos para a aplicação prática das duas finalidades da indenização por danos morais. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência pátria, na incessante busca por outras fontes do direito que preencham essa necessidade, valeram-se do instituto jurídico dos *punitive damages*, originado historicamente nos países da *common law*.

Os *punitive damages* são um instituto jurídico contido na teoria da responsabilidade civil, sendo comumente é alvo de discussões e críticas. Os opositores suscitam, entre diversos fundamentos, a incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, notadamente no problema do enriquecimento sem causa da vítima.

A aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro é regular, e a jurisprudência sobre o tema é elástica, inclusive em tribunais superiores. Os *punitive damages* são aptos a desempenhar a função de justiça pública, incentivando os sujeitos a buscarem o cumprimento da lei, ou seja, exercendo um *múnus* público. Tem, ainda, as funções: preventiva, inibindo o cometimento de novos ilícitos; e punitiva, majorando a indenização a fim de tornar esta prática não vantajosa.

Nesta esteira, o objeto central deste trabalho encontra-se na viabilidade dos *punitive damages* no direito pátrio, notadamente no que diz respeito à destinação da condenação ao pagamento de *punitive damages*.

Neste sentido, primeiramente será tratado dos requisitos básicos para a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, e, ao fim, analisar-se-á as possibilidades de destinação da condenação do pagamento dos *punitive damages*, trazendo uma discussão entre a efetividade da aplicação deste instituto e a possibilidade de utilização no âmbito da responsabilidade civil brasileira.

Para tanto, tratamos do instituto da responsabilidade jurídica no direito civil, com o objetivo de demonstrar o fundamento técnico-jurídico para inclusão dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscou-se, ainda, traçar as características e finalidades dos *punitive damages*, trazendo também o entendimento da doutrina e jurisprudência nacional, visando adaptar o instituto à nossa realidade.

Nos países que são adeptos ao *common law*, a inconveniência para aplicação dos *punitive damages* gira em torno da delimitação do *quantum* arbitrado pelos juízes. Lá, a doutrina não busca, propriamente, impor restrições ou limites ao *quantum* indenizatório, mas, sim, atribuir outra destinação à totalidade ou a parte da condenação ao pagamento do *punitive damages* que não a própria vítima, evitando-se, dessa maneira, que esta última venha a ser excessivamente beneficiada em decorrência de eventual condenação.

No Brasil, o instituto padece de inúmeros problemas. A imprecisão da quantificação da condenação ao pagamento dos *punitive damages* e a sua destinação são exemplos corriqueiros.

Dessa forma, a problemática abordada nesta pesquisa foi a da necessidade do delineamento da destinação da condenação dos *punitive damages*, a fim de legitimar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe uma aplicação em conformidade com a Constituição Federal, sem que se atente contra o sistema normativo brasileiro, evitando, assim, o enriquecimento sem causa da vítima do ilícito.

Nesse sentido, foram traçadas algumas considerações sobre a destinação final do *quantum* indenizatório e, nesse mister, indicados dois modelos regulativos

determinando que a quantia paga a títulos de *punitive damages* deve (i) ser destinada ao próprio ofendido; ou, se de outro lado, tal quantia deve (ii) ser destinada a um fundo público, cuja finalidade seja a de financiar melhorias sociais.

A partir dessas possíveis soluções, enfrentou-se o problema proposto. Fora discutido, então, qual das possibilidades apresentadas é a mais indicado para emprestar aos *punitive damages* o tratamento legal mais eficiente e justo possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, o que se buscou nesse trabalho foi trazer subsídios para esta discussão entre as correntes doutrinárias aptas e contrárias à utilização do instituto dos *punitive damages* no Brasil.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 ASPECTOS INICIAIS

Com efeito, o direito busca compelir os sujeitos que interferem no patrimônio material ou não material de outro, dispondo de mecanismos que levará o ofensor responder pelo acontecimento que trouxe prejuízo ao ofendido. Surge, então, dentro da Teoria do Direito, a responsabilidade. Logo a conduta humana lesiva é pressuposto intrínseco da responsabilidade, uma vez que sem que haja conduta humana lesiva, mediante a qual é violada obrigação pré-existente, seja ela decorrente de contrato, lei, ou qualquer outra fonte, não há responsabilidade.

Nessa linha, a obrigação é dever jurídico primário, distinguindo da responsabilidade que é um dever jurídico secundário, que aparece, via de regra, a partir do descumprimento da obrigação (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Firme em tais razões, caracterizado os dois institutos, é necessário pontuar que existem situações que haverá responsabilidade sem obrigação, como por exemplo, a condição do fiador, que é responsável pela dívida de terceiro. Não obstante, o inverso também é factível, é o caso das dívidas prescritas, onde o devedor não pode ser condenado a cumprir a obrigação, logo há obrigação sem responsabilidade.

Pode-se afirmar como verdadeiro que todos os sujeitos têm um dever jurídico originário que é o de não causar danos a outrem, dessa forma, a responsabilidade é o dever jurídico sucessivo, que decorre do descumprimento de uma obrigação anterior.

A partir da perspectiva do estudo do ser, a responsabilidade tem “o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir” (GONÇALVES, 2011, p. 50).

Neste sentido, afirma Rui Stoco (2011, p. 132) que a responsabilidade no plano jurídico, expõe a obrigação de todos os sujeitos pelos seus atos. A responsabilidade, então, aparece quando alguém que violou direito e causou dano deve compensar o bem maculado, voltando à parte lesada ao seu estado anterior.

Assim, o homem é responsável pelas suas ações e omissões, partindo do privilégio de se relacionar de forma livre, atrai a obrigação de responder pelos seus atos danosos.

2.2 BREVE RETOMADA HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A análise das funções da responsabilidade civil impõe uma breve análise histórica. As civilizações passadas, desde que o homem passou a se agrupar com seus pares, surgiu a necessidade de regulamentar a vida em sociedade, com objetivo de resguardar a harmonia plena e a tolerância mútua do indivíduo com o coletivo.

Historicamente, na Roma antiga, não havia distinção entre as responsabilidades civil e penal. Ao ofensor, era imputado penas misturadas, tanto as penas privativas de liberdade, quanto a obrigação de restituir. A promulgação da lei romana *Lex Aquilia*, deu início a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, notadamente por entender que a indenização pecuniária seria a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos (GONÇALVES, 2011, p. 50).

As civilizações começaram a distinguir as condutas ilícitas que ferem a ordem pública, que diz respeito à coletividade, e aquelas que decorrem das obrigações contraídas entre as partes.

Dessa forma, o trabalho interpretativo que decorreu da aplicação da *Lex Aquilia*, deu força para a doutrina jurídica aperfeiçoar as distinções que hoje vigoram no nosso

ordenamento jurídico conhecido como responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Com a expansão do direito moderno, foi dada nova perspectiva à responsabilidade penal, nessa linha, o intuito preventivo foi pensado a partir das sanções punitivas. Neste tempo, a prática da conduta que era tipificada acarretava a repressão, o que acabava desestimulando o povo a cometê-las. Ocorre que, com o surgimento das monarquias absolutistas, houve um regresso, e este entendimento, fora temporariamente afastado voltando as penas exercer o papel de vingança pública, muitas vezes com argumentos religiosos (VILLAS BÔAS, 2009, p. 441-442).

Nessa linha, com o marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que teve por objetivo por um fim na vingança pública, surgiram as garantias individuais, esta foi a resposta aos excessos do período monarquista, uma vez que era previsto a aplicação de penas proporcionais as transgressões, levando, assim, a divisão entre responsabilidade penal, com objetivo dissuasivo e repressivo, cabível ao Estado; e responsabilidade civil, de interesse das partes, visando a recomposição do *status quo ante* e do direito de propriedade (VILLAS BÔAS, 2009, p. 442).

Como visto no transcorrer deste tópico, a distinção das responsabilidades civil e penal, tem como principal fundamento a dissuasão da prática criminosa, e a partir do momento em que o homem começou a compreender o que seria essas condutas mais graves, a repressão destas deveria partir do Estado, sendo os sujeitos responsabilizados penalmente, por outro lado, as condutas menos graves, que não tinham alcance social, mas apenas entre as partes, caberia apenas à parte lesada buscar a sua reparação através do aparato estatal, consagrando a inercia do Estado quanto a sua legitimidade para agir.

Todavia, impende destacar que os dois institutos tem origem comum, o que traz alguns aspectos similares e intrínsecos.

Não resta dúvida que a principal função da responsabilidade penal é a dissuasão da conduta, todavia, não se pode excluir da sua função a ideia de justa retribuição, ou recomposição social. Com efeito, a ideia de recomposição – objeto marcante da responsabilidade civil -, está presente também na responsabilidade criminal.

Neste ponto, como dito acima, a origem dos dois institutos é comum, logo, não podemos negar que na responsabilidade civil também são encontradas características tipicamente penais: a repressão e a dissuasão.

Jurandir Sebastião (2012, p. 203) afirma que, às funções da compensação, da punição e da exemplaridade são finalidades “concomitantes e indissociáveis” da responsabilidade civil.

Diante destes esclarecimentos, correto é o entendimento doutrinário atual que embora presentes, a punição, a exemplaridade, e, acrescente-se, o desestímulo estão presentes na responsabilidade civil, estes são elementos acessórios, jamais podendo ser igualados ao intuito reparativo.

2.3 A FINALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após conceituar a responsabilidade e explicar sua origem histórica, pode-se afirmar que o referido instituto está positivado no Código Civil no art. 927, assim, aquele que causar dano ilícito a alguém deverá restituí-lo.

Conclui-se, portanto, diante do texto legal que a obrigação é negativa, obrigando os seus jurisdicionados a se absterem de causar dano ilícito a outrem.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14-15) leciona que a responsabilidade civil caracteriza-se pela sua finalidade restitutiva, ou seja, tem como função reparar a vítima. Dessa forma, o mote da responsabilidade civil é a reparação, devendo o sujeito ofensor ser obrigado a compensar o ofendido do dano causado.

Assim, com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a vigor o princípio da reparação integral (“*restitutio in integrum*”), que está expressamente previsto no art. 944, *caput*, CC, determinando que a restituição deve ser plena, buscando para vítima o estado anterior do dano.

Entretanto, embora os textos legais não alcancem as outras funções da responsabilidade civil, para bom entendimento deste texto, cabe demonstrar a finalidade dissuasiva - acessória -, que visa penalizar os comportamentos nocivos, punindo o ofensor.

Mais uma vez, não há como negar que a responsabilidade civil tem a função de coibir o dano ilícito.

Nesse sentido, quando é definida uma sanção pelo legislador, está, mesmo que acessoriamente, desestimulando o sujeito a praticar aquela determinada conduta que foi positivada.

Não obstante a conclusão alcançada, tendo em vista que atualmente a responsabilidade civil não se limita apenas a função reparatória, apresentando concomitantemente outras finalidades, outros instrumentos como, por exemplo, os *punitive damages* - que será tratado adiante -, buscam efetivar também o escopo do instituto da responsabilidade civil, contudo, deve ser compreendido o ser caráter excepcional, não podendo, portanto, sua aplicação ser indiscriminada.

2.4 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Destaque-se que o ocidente é dividido substancialmente entre dois grandes sistemas: *civil law* e *common law*. São muitas as diferenças entre esses dois sistemas.

Nessa linha, o objeto desta pesquisa, o instituto jurídico denominado *punitive damage* teve origem nos países que adotam o sistema *common law*, ao qual o Brasil não se filia em termos gerais. Dessa forma, é necessária uma breve comparação dessas correntes, a fim de demonstrar as possíveis adequações da inserção deste instituto no nosso Ordenamento Jurídico.

Em primeiro lugar, registre-se que a base do Direito no *common law* é o precedente. Dessa forma, o Poder Judiciário acaba criando as normas através de determinado caso, surgindo então o precedente, ao que se denomina *judge-made law*. De outro lado, no *civil law*, o poder legislativo cria as normas que regulam seus jurisdicionados, dando-se o nome de *statue law* (ANDRADE, 2009, p. 169-170).

A partir do surgimento dos primeiros precedentes judiciais que previam expressamente a utilização da responsabilidade civil na forma de sanção punitiva, destinada não apenas à compensação dos prejuízos do ofendido, mas também à

punição do ofensor, pode-se afirmar que nesses sistemas, vige a ideia de que o *tort*, ou, a responsabilidade civil, também tem a função basilar de desestimular a reiterabilidade da conduta ilícita. Isso difere bastante do nosso sistema, que tem o desestímulo como função acessória.

Contudo, nosso ordenamento jurídico através da doutrina e jurisprudência, vem se aproximando deste conceito adotado no sistema *common law*. Com efeito, o que antigamente era incabível, hoje já existe espaço, a exemplo da indenização punitiva por dano moral.

Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 258-259) alerta que, os *punitive damages* são figura anômala no nosso ordenamento, não devendo ser aplicado de maneira indiscriminada. Este instituto flutua entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

Sendo assim, os *punitive damages* agrega consigo adeptos a sua aplicabilidade no direito pátrio, e ao mesmo tempo, opiniões contrárias. Sendo um instituto cujo fim é a dissuasão da conduta ilícita, a *prima face* guarda um caráter excepcional frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 OS RESQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já dito nesta pesquisa, a obrigação é o dever jurídico primário, enquanto a responsabilidade é o dever jurídico secundário. Nessa linha, a responsabilidade civil desde que preenchido seus requisitos, tem por objetivo transferir para o ofensor os reflexos que o ofendido sofreu, em razão da prática do seu ato. Neste ponto, os requisitos que definem as condutas passíveis de responsabilização já foi tem controverso, decorrente de mudanças conduzidas por diversos fatores, como por exemplo, a evolução nas relações entre os sujeitos.

A doutrina clássica entende que o dano é o fato gerador da responsabilidade civil, e junto dele existem outras três bases que ensejaram a responsabilidade civil, são eles: (i) a conduta do agente; (ii) a culpa; e, (iii) o nexu causal.

2.5.1 Dano

Primeiramente, não há o que se falar em imputação da responsabilidade civil ao sujeito, sem que de seu ato tenha ocasionado algum prejuízo a outrem.

Logo, esse será o primeiro requisito a ser tratado nesta pesquisa.

Antigamente o conceito de dano era limitado, interpretado restritamente ao prejuízo material, sendo, pois, caracterizado como o decréscimo patrimonial do sujeito passivo da relação. Esta é uma visão simplória, uma vez que é fácil a percepção da agressão patrimonial, como por exemplo, o dano a um veículo. De outro lado, o dano sofrido no âmbito moral demanda uma abstração maior, tanto para sua visualização, como a sua dimensão.

Ocorre que, esta visão limitada foi superada pela doutrina hodierna, a conceituação do dano pode ser feita tanto em seu sentido amplo – qualquer lesão a bem jurídico -, incluindo os danos extrapatrimoniais, como no seu sentido estrito, direcionada apenas ao patrimônio do sujeito. Neste sentido, entende Rui Stoco que “*o conceito de dano é largo e abrangente e, modernamente, à luz da nova Carta Constitucional, não mais se limita ao dano patrimonial.*” (STOCO, 2001, p. 934.).

Então, conclui-se que se tornou pacífico o entendimento da existência do dano extrapatrimonial.

Atualmente, não restam dúvidas quanto à possibilidade de indenização em decorrência de dano moral, sendo este entendimento pacífico no ordenamento brasileiro. A defesa dos interesses extrapatrimoniais está em consonância tanto com o entendimento do nosso ordenamento jurídico, quanto a nossa realidade em que vive o homem após séculos de avanço, onde os aspectos transcendentais estão ganhando cada vez mais relevo (SEVERO, 1996, p. 72).

A própria Constituição Federal tomou para si a previsão acerca da possibilidade de proteção jurídica a agravos imateriais, constando a dignidade da pessoa humana como seu princípio fundamental, norteador de todo o nosso ordenamento recente.

Firme em tais razões a tutela do direito moral se traduz na tutela dos direitos mais intrínsecos do ser humano.

O Superior Tribunal de Justiça, afirma na súmula nº 37 que “*são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*”. A tutela dos direitos extrapatrimoniais estão no nosso Código Civil de 2002, em seu art. 186, que prevê: “*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”, e, ainda, a Constituição Federal de 1988, como cláusula pétrea, em seu art. 5º, V: “*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*”, dessa forma, não há como negar a existência do dano moral no nosso ordenamento.

O doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 88), afirma que a discussão sobre a possibilidade da indenização por dano moral está superada, existindo apenas discussões no que dizem respeito a outros pontos, como: o que é, de fato, o dano moral; como quantificá-lo; ou, qual é o limite da sua indenização e o seu objetivo.

2.5.1.2 Dano Patrimonial x Dano Extrapatrimonial

Sobre a temática em apreço, não há mais que se questionar na aceitabilidade do dano moral no nosso ordenamento jurídico. Assim, a ofensa subjetiva apresenta-se separada da material.

Dessa forma, a análise do dano extrapatrimonial, ou dano moral, é de suma importância para o desenvolvimento desta pesquisa, uma vez que o instituto dos *punitive damages*, é, antes de qualquer coisa, dano moral.

Esclarecido isso, resta lógico que para que haja condenação pelos *punitive damages*, necessariamente deve haver primeiro dano moral, uma vez que este é pressuposto daquele.

Nessa linha, Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 27-28) alerta que, a moral, enquanto conjunto de valores pode ser observada tanto do ponto de vista social, quanto do ponto de vista individual.

Não obstante, é possível que uma sociedade a partir dos fatos sociais que tem importância ou não, pode ser identificada por determinados valores.

Neste sentido, o entendimento da doutrina e da jurisprudência atual é que o dano moral é aquele que atinge direito da personalidade, conforme ensina Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 77 e 78):

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.

Maria Celina Bodin de Moraes, no segundo tópico da sua obra “Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, dá o título de: “Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda”, demonstrando sua concordância com o entendimento *supra*, como a que segue (2007, p. 73-74):

A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius*, autonomia privada), é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade.

[...]

Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.

Assim, é notório que desde 1988, os direitos extrapatrimoniais estão resguardado no nosso ordenamento, através da Carta Magna, notadamente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 33-34) em sua obra afirma que os direitos da personalidade ganharam importância desde a Constituição Federal de 1988, uma vez que ela não se restringe apenas ao lado patrimonial, tutelando também outras situações jurídicas existentes. Aduz ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana concebido no texto constitucional teve demasiada importância.

Dessa forma, antes de adentrar no tema dos direitos patrimoniais, é necessário estabelecer a linha divisória entre o dano moral e o material. Enquanto o segundo diz respeito a prejuízos de ordem material, o primeiro diz respeito ao patamar economicamente inestimável. Um exemplo claro é aquela situação que o sujeito perde um dos seus membros, sofrendo, assim, além de uma agressão material em

razão da sua impossibilidade de desenvolver sua atividade laboral como o fazia anteriormente, também transtornos psicológicos, já que a sua esfera emocional estará abalada.

Como já mencionado anteriormente, o dano patrimonial atinge os bens jurídicos que podem ser quantificáveis em moeda. Restringe-se, portanto, aos bens materiais. Todavia, não se confundem, necessariamente, com bens físicos, senão vejamos.

Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 78) leciona que bem jurídico patrimonial seria:

[...] o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão **conjunto das relações jurídicas**, vale dizer, abrange não só as **coisas corpóreas**, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também coisas incorpóreas, como o título de crédito.

Nessa linha, percebe-se que o patrimônio necessariamente precisa está ligado a uma pessoa, não bastando apenas ser patrimônio jurídico, mas, deve este ser um patrimônio econômico, como bem assevera Américo Luis Martins da Silva (2012, p. 31). Assim, analisando a perspectiva fática, os bens devem ter representação jurídica, uma vez que não constitui patrimônio a propriedade exercida sobre o ar, por exemplo, notadamente por ser um bem sem relevância economicamente.

A partir desta ideia de patrimônio, entende-se que o dano patrimonial, nas palavras de Sérgio Severo (1996, p. 40), é:

Dano patrimonial é aquele que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma *menos-valia*, que deve ser indenizada para que se reconduza o patrimônio ao seu *status quo ante*, seja por uma reposição *in natura* ou por equivalente pecuniário.

O dano patrimonial é determinado a partir da análise do patrimônio do ofendido, neste caso, é feita uma aferição do montante inicial do patrimônio e ao final observada a diminuição do seu valor. Dessa forma, a mera alteração do patrimônio não configura dano, devendo haver para configuração do dano patrimonial uma diminuição no valor do patrimônio, então, a finalidade dissuasiva do dano patrimonial parte da ideia da manutenção do direito à propriedade.

Com efeito, o ordenamento jurídico, divide o prejuízo material em duas possibilidades eficazes, capazes de aferir o dano, são eles: o dano emergente; e, o lucro cessante.

O dano emergente é a diminuição patrimonial sofrido pela vítima, decorrente de um ato lesivo. Este dano é de fácil percepção, e decorre da lesão que o levou ao empobrecimento do seu atual patrimônio, um exemplo de dano emergente, chamado também de dano positivo, seria o valor do carro quando totalmente destruído, ou sua desvalorização que decorreu de um dano parcial.

O lucro cessante se traduz na diferença econômica que o sujeito passivo deixou de crescer ao seu patrimônio em razão do ato lesivo do ofensor. Um exemplo claro é quando em razão de um abaloamento, um taxista não pode continuar trabalhando. Neste caso, há tanto o dano emergente que é o dano acometido no seu veículo, como o lucro cessante que é o valor econômico que ele deixou de perceber por não poder continuar exercendo seu ofício, neste exemplo ambos os danos estão presentes simultaneamente, logo, um não exclui o outro.

A dificuldade está na sua liquidação, e neste caso não pode ser apenas uma mera possibilidade que o ofendido poderia ter auferido lucro, mas para que seja caracterizado o lucro cessante, deve haver certa probabilidade da oportunidade perdida (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79).

Firme em tais razões, o dano patrimonial é mais fácil de ser liquidado, em razão da sua transparência e concreta diminuição da capacidade econômica do ofendido, é possível mensurar o valor da indenização que atingirá o sujeito ativo. (SEVERO, 1996, p. 39).

2.5.1.3 Dano ilícito x Dano Lícito

Para entender o instituto objeto desta pesquisa, será necessário distinguir o dano lícito do dano ilícito, uma vez que havendo exceções, via de regra, somente o dano ilícito gera responsabilidade, sendo, portanto, punível.

Nessa linha, é possível que um sujeito pratique uma conduta danosa de forma lícita, como ilícita, notadamente porque lesionar o bem jurídico injustificadamente constitui-se em ato ilícito.

Contudo, impende ressaltar que há situações que será lícito causar dano a alguém, a exemplo da montadora de automóveis que, ao lançar versão mais atual de um

veículo, retira parte do valor daqueles modelos com versão antiga. Estes danos são admissíveis socialmente.

Os danos lícitos, muitas vezes são toleráveis socialmente, e não acabam gerando a responsabilização civil do sujeito que o pratica.

Mas, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 62-63) alerta que, mesmo que a lei entenda como lícita determinada conduta, pela existência de ofensa a direito alheio, o sujeito que assume o risco de praticar a conduta danosa, deve suportar com eventuais danos que lese terceiro em razão desta prática.

Frise-se que com objetivo de forçar o agente a conduzir o ato de maneira mais cuidadosa, o Código Civil de 2002, no seu art. 927 dispõe o entendimento que ainda que não haja ato ilícito, poderá o sujeito ser responsabilizado nos casos previsto em Lei.

Não custa reforçar a ideia que a responsabilidade por ato lícito é uma exceção no nosso sistema jurídico, sendo a regra a responsabilidade decorrente do ato ilícito. Logo, apenas poderá ser responsabilizado por ato lícito aquele que transgredir alguma das hipóteses expressamente previstas em Lei, então, o fato gerador da responsabilidade civil é o ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 9).

Por tudo quanto exposto, conclui-se que será ilícito o dano causado em desarmonia com o ordenamento jurídico. Não é apenas a desarmonia com uma regra, e sim uma oposição moral entre ação ou omissão praticada e o ordenamento jurídico, compreendendo valores, princípios e regras (BRAGA NETTO, 2003, p. 125-128).

2.5.2 A conduta do agente

A conduta, seja ela positiva, ou negativa, desde que tenha efeitos jurídicos, é fundamental para o Direito. A prática de um ato que venha a produzir dano, ou seja, a conduta positiva, e a omissão que é a ausência de atitude do sujeito ativo são os aspectos objetivos da conduta, restando a vontade ao aspecto psicológico (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 24-25).

Diante disso, pode-se afirmar que a conduta é elemento fundamental da prática do ato ilícito, revelando ser fundamental para o estudo da responsabilidade civil. Ou

seja, não há o que se falar em responsabilidade civil sem que tenha havido ação ou omissão voluntária.

Assim, somando a conduta do sujeito ativo – seja ativa ou omissiva – com o dano causado a outrem, é hialina a presença da responsabilidade, caso exista uma linha entre o dano e a conduta, que é o último requisito, a saber.

2.5.3 O Nexo causal

Na responsabilidade civil, o nexos de causalidade é um requisito indispensável. Trata-se da ponte entre o dano causado decorrente do ato ilícito ou abuso de direito e a conduta do sujeito, surgindo, assim, a responsabilidade.

Neste sentido, o nexos de causalidade é o vínculo estabelecido entre os dois acontecimentos, onde um seria consequência do outro. Tornando necessária a verificação da conexão entre a conduta (causa) e o dano (consequência) (SCHREIBER, 2013, p. 55).

A doutrina criou algumas teorias do nexos de causalidade, que tem o objetivo de elucidar, dentre as circunstâncias que originam o dano, aquelas que seriam causas. Estas condições seriam todos os elementos que originaram o evento (dano), e as causas (NORONHA, 2003, p. 56).

A teoria da equivalência de condições, afirma que é causa toda condição sem a qual o evento não teria existido, ou seja é a ideia da *condictio sine qua non*. Assim, causa ou condição representam a mesma ideia (NORONHA, 2003, p. 58-59).

Percebe-se a partir desta teoria que o nexos de causalidade pode se estender em uma cadeia infinita das causas que ocasionaram a responsabilidade civil, uma vez que mesmo na situação em que o sujeito deu causa a uma causa existiria o nexos de causalidade.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, o art. 403 do referido diploma afastou a aplicação desta teoria, ou, acabou dificultando à aplicação da responsabilidade civil. É possível perceber no âmbito civil a imprecisão da teoria acima referida, primeiro, pois peca pelo excesso, segundo, permite ao magistrado que atue no maior nível de discricionariedade.

Outra vertente teórica é a chamada teoria da causalidade necessária. Nesta teoria, é buscada a causa mais próxima, que possui uma estreita linha em relação ao resultado. A causa mais próxima, seria a causa mais eficiente que buscaria a condição determinante do processo causal (NORONHA, 2003, p. 61).

Esta teoria busca a consequência direta, ou imediata para que possa ser aplicado o instituto da responsabilidade, acabando por restringir a imputabilidade da obrigação de indenizar, o que torna sua aplicação difícil, pois a exigência de que uma única causa seja suficiente para a produção do efeito é demasiadamente excessiva, reduzindo a aplicabilidade da responsabilidade civil e fragilizando a reparação (NORONHA, 2003, p. 62 e 63).

Por fim, outra teoria com grande importância, é a teoria da condição adequada. Segundo ela, deve haver uma seleção das causas e somente a mais adequada deve ganhar relevo.

A jurisprudência brasileira aplica a terceira corrente, que difere da apontada pelo nosso Código Civil, o que gera bastante discussão doutrinária, uma vez que a teoria da causalidade direta, segundo parcela da doutrina, está prevista no art. 403 do CC/02.

2.5.4 Do enquadramento da culpa

A doutrina clássica tinha a culpa como requisito da responsabilidade civil, por isso merece menção nesta pesquisa. Nessa senda, com as transformações da sociedade e conseqüentemente das relações entre os sujeitos pertencentes a ela, acarretou no âmbito da responsabilidade civil uma mudança no entendimento da doutrina, viu-se que a culpa não é *conditio sine qua non* para aferição da responsabilidade em todos os casos.

Todavia, apesar da mudança do entendimento da doutrina, este instituto ainda é exigido em alguns casos, mas não é só isso, a culpa é utilizada pela jurisprudência como critério de arbitramento do valor da indenização.

A culpa era requisito muito importante, antigamente, para que pudesse pensar na aplicação da responsabilidade civil, necessariamente deveria ser avaliada a

presença da culpa em cada caso. Como não poderia ser diferente, há quem entenda ainda que a culpa é requisito indispensável para aplicação da responsabilidade civil, sendo os casos de responsabilidade objetiva – o qual não necessita de culpa -, são exceções.

Nessa linha, a aplicação do instituto da responsabilidade civil decorre de dois prismas. O primeiro, com o reconhecimento da culpa, e o segundo excluindo a culpa como requisito para o ensejo da responsabilidade, também chamado de responsabilidade objetiva em nosso ordenamento, um exemplo comum é no caso dos acidentes laborais.

Diante disso, a exigência da culpa como requisito necessário da responsabilidade civil é mitigado, passando a ser subsidiário, embora continue sendo relevante em diversos aspectos atinentes à matéria.

2.6 INDENIZAÇÃO

A partir da grande repercussão doutrinária e jurisprudencial sobre a presente temática, impende esmiuçar as finalidades que responsabilidade civil através da indenização acarreta no ordenamento jurídico brasileiro.

2.6.1 Finalidade repositiva

Pacífico o entendimento da finalidade repositiva da responsabilidade civil, não possui grande discussão doutrinária. Esta finalidade se deu a partir da constitucionalização do Direito Civil, pela Constituição Federal de 1988, que reformulou o instituto da responsabilidade civil em alguns aspectos, sendo a sua finalidade repositiva um desses.

Nessa linha, com o avanço da sociedade e as mudanças naturais, a atenção estava voltada para o ofendido, o que levou a responsabilidade civil, a proteger primordialmente a vítima do ato lesivo, do que o agente ofensor (ALBUQUERQUE, 2012, p. 192).

Com efeito, com a contraprestação imposta pela responsabilidade civil, nota-se que esta busca o ressarcimento, tem o objetivo de retornar o patrimônio do ofendido ao *status quo ante*. Assim, primeiro busca o ressarcimento, ficando a punição do sujeito ativo como objeto secundário, um mero coadjuvante da reposição do bem lesado. Apenas nas hipóteses em que é buscada a concretização de um princípio constitucional, essa sai da sombra e toma o papel principal da indenização na responsabilidade civil.

O doutrinador Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 41) entende que, o objetivo da responsabilidade civil é a restauração, o que leva a exclusão do caráter punitivo, destacando assim a finalidade reparatória da indenização decorrente da responsabilidade civil.

Cabe registrar que esse entendimento não é pacífico e será explicado adiante.

2.6.2 Caráter punitivo como elemento excepcional da indenização

Apesar da vasta consideração doutrinária no que diz respeito a finalidade restitutiva da indenização decorrente da responsabilidade civil, há doutrinadores que ousam discordar deste posicionamento, na medida em que, consideram também que a finalidade punitiva está no mesmo patamar da restitutiva, apesar dessa corrente doutrinária está crescendo, ainda é minoria.

Nessa linha, o intuito dissuasivo da responsabilidade civil, via de regra, apenas aparece quando é buscada a efetivação de princípios constitucionais, uma vez nossa legislação não prevê a utilização do instituto da responsabilidade civil como pena.

Contudo, é possível perceber a presença do caráter punitivo na responsabilidade civil, uma vez que quando ocorre a sanção, conseqüentemente desencadeia a dissuasão, notadamente pela consequência desfavorável ao qual sujeito ativo se submete, ocasionando, assim, uma abstenção daquela determinada prática lesiva e suas similares.

Com a evolução da sociedade, principalmente no setor tecnológico, facilitou a ocorrência de danos, e dificultou a sua reparação, esta situação é perceptível pelas

inúmeras ofensas diárias no âmbito imaterial. Neste ponto, percebe-se que os tribunais brasileiros vêm aplicando com frequência a finalidade punitiva do dano moral.

No que se refere aos danos extrapatrimoniais, é impossível a construção do estado anterior ao dano, o que direciona o resultado da aplicação do instituto da responsabilidade civil em pecúnia. Nestes casos, muitas vezes, o arbitramento de indenização por dano moral é dado num *quantum* superior, sob a alegação de dissuasão em razão de conduta altamente reprovável.

Contudo, é necessário cautela ao utilizar a finalidade punitiva da responsabilidade civil. Primeiro, cumpre destacar que, na tipificação de determinado crime previsto na nossa legislação específica, já foi observado pelo nosso legislador a reprovabilidade social de determinada conduta. Então, para evitar o *bis in idem*, ou aplicação de pena sem prévia cominação legal, não deve o juiz cível evocar para si a função de punir o agente ofensor nesses casos, visto não haver qualquer dispositivo constitucional que o autorize para tanto.

Este é um dos argumentos que a corrente contrária a aplicação dos *punitive damages* no Brasil utiliza.

O objeto do presente trabalho visa discutir a problemática da destinação do valor da condenação dos *punitive damages*, todavia, necessário fazer um breve comentário acerca desta problemática.

Em primeiro lugar, parte da doutrina a favor do cabimento dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, defende a ideia que a sua aplicação deverá decorrer de uma ponderação de princípios.

Nesse sentido, Robert Alexy (2007, p. 297), afirma:

A Lei de Ponderação mostra que a ponderação pode ser subdividida em três estágios. O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. Esse estágio é seguido por um segundo em que é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não-satisfação do primeiro. Se não for possível realizar juízos racionais sobre primeiro, a intensidade de interferência, segundo os graus de importância e, terceiro, a relação entre uma e outro, então as objeções levantadas por Habermas estarão justificadas. Tudo gira, assim, em torno da possibilidade de se fazer tais juízos racionais.

Claro se torna que o instituto do *punitive damage* na sua aplicação no nosso ordenamento jurídico, deve haver ligação direta com a efetivação dos princípios constitucionais.

2.7 Quantificação da indenização

Neste capítulo, vamos analisar alguns critérios importantes que a jurisprudência pátria utiliza para fixar o valor da indenização, seja ela decorrente do dano patrimonial ou extrapatrimonial.

A complexidade para quantificar a indenização decorrente do dano moral é maior do que o dano patrimonial, uma vez que aquele não pode ser medido em moeda.

Por fim, vale a pena reforçar que o objetivo da finalidade civil no nosso ordenamento jurídico, é a restituição ao estado anterior do dano, seja por meio da reparação, seja pela compensação.

2.7.1 Extensão do dano como critério legal

O critério de limitação da indenização à extensão do dano, previsto expressamente no art. 944 do Código Civil¹, logo, essa limitação decorre de previsão legal.

Em primeiro lugar, quando se refere ao arbitramento das indenizações por dano material, resta claro que a análise da extensão do dano é fundamental para a limitação do valor devido à vítima, notadamente pelo respeito ao princípio do *restitutio in integrum*. O juiz deve tentar arbitrar a exata quantia devida, evitando, assim, o enriquecimento sem causa da vítima.

Dessa forma, em regra, a limitação do valor da indenização decorrente do dano material, está relacionada diretamente pela extensão do dano. Contudo, a partir da análise da jurisprudência, percebe-se que as exceções estão ganhando força, como por exemplo, a utilização do instituto do tema desta pesquisa, os *punitive damages*, que o arbitramento da indenização supera a extensão do dano.

¹ BRASIL. **Código Civil**. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Cabe ainda lembrar que o dano material divide-se em dano emergente e lucro cessante.

Assim, para chegar ao valor total que deve ser pago a título de indenização pelo dano, deve haver uma análise tanto positiva, quanto negativa do dano material, uma vez que não é somente a diminuição patrimonial que deve ser quantificada, mas, também o impedimento do crescimento patrimonial do ofendido (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 128 e 129).

Em segundo lugar, no que tange a aplicação desse critério na fixação do valor da indenização por danos morais, torna-se bastante difícil, não é possível realizar o mesmo pensamento simplório que é utilizado quando o dano é material, por isso, a doutrina discute e diverge bastante acerca deste tema.

Assim, tratando-se de dano moral, entende a doutrina que o magistrado quando for fixar o limite da indenização, pode analisar mais de um aspecto na quantificação pela extensão do dano disposto no art. 944 do CC/02.

Um dos aspectos que podem ser observados pelo magistrado ao quantificar a extensão do dano, é, por exemplo, analisar qual aspecto da dignidade humana fora lesado: honra objetiva, liberdade sexual, liberdade de culto, etc. (BERNARDO, 2005, p. 166).

Por fim, como já foi mencionado nesta pesquisa, é indubitável que o aspecto cultural que reflete determinada localidade também é fator que influencia a variação da quantificação. A liberdade religiosa, por exemplo, tem mais importância em algumas localidades no Brasil, do que em outras. Esta situação ocorre também com os outros aspectos da dignidade humana e do direito da personalidade, como no caso da liberdade sexual (BERNARDO, 2005, p. 166).

2.7.2 Quantificação da indenização à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade também são elementos que inferem diretamente na quantificação da indenização por dano extrapatrimonial.

O entendimento consolidado da doutrina é que o magistrado deve obrigatoriamente observar os referidos princípios ao quantificar o *quantum* da indenização pelo dano moral.

Eduardo Slerca (2002, p. 25 e 26) afirma que a própria noção de Direito está intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade. Outros doutrinadores entendem que dentro dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional, estariam os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa forma, ao analisar o entendimento doutrinário, percebe-se que ambos princípios referidos são demasiadamente importantes, logo, não há o que se cogitar em afasta-los do nosso ordenamento.

Todavia, deve-se tomar muito cuidado na aplicação destes princípios, pois podem os magistrados se valer deles como escopo de uma possível discricionariedade. Assim, não podem ser base para uma quantificação arbitrária sem fundamentação, ou, como afirma Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 186) “*como a ‘lógica do mais ou menos certo’*”.

A aplicabilidade destes princípios pode ter como base a jurisprudência como dispositivo do arbitramento da indenização, esta seria uma maneira objetiva da sua aplicação. Então, nesse sentido, é possível verificar no tipo de dano se o valor da indenização seria maior ou menor, criando, assim, uma tendência.

Nessa linha, os tribunais tem uma inclinação em acompanhar os precedentes na quantificação da indenização para os casos iguais e semelhantes, o que acarreta uma maior probabilidade deste arbitramento ser razoável.

Ocorre que, não se pode generalizar todos os casos, uma vez que cada caso é um caso, então a sua individualidade deve ser respeitada. Assim, O Código Civil de 2002 ao adotar as normas abertas prevê o respeito que deve ser dado a cada caso (SILVA, 2006, 69-70).

Judith Martins-Costa (1999, p. 307) ao tratar das normas abertas, afirma que estas ao ser denominadas cláusulas gerais, demonstram vagueza semântica, assim, podem ser manuseável ao caso fático, não limitando a sua aplicabilidade.

Com efeito, o magistrado ao se valer dos termos semanticamente vagos consegue aplicar melhor a norma ao fato, atingindo o objetivo da decisão que é a Justiça,

contudo, esses termos, conferem ao magistrado uma maior discricionariedade, o que pode enfraquecer a segurança jurídica, havendo assim, a casos semelhantes decisões conflitantes ou distintas.

Firme em tais razões, as decisões devem se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, respeitando as nuances de cada caso concreto, seguindo na medida do possível o entendimento jurisprudencial para respeitar a segurança jurídica.

3 DOS PUNITIVE DAMAGES

3.1 INTRODUÇÃO

Os *punitive damages* são um instituto originário da Common Law, faz parte do ramo das *torts*, tem por objetivo à punição do ofensor, é instrumentalizado por condenação pecuniária, que decorre do efeito da conduta lesiva. Atua separadamente do cunho compensatório (*compensatory damages*). Também chamado de *exemplary damages*, *vindictive damages*, “*Smart Money*”, dentre muitas outras denominações.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro tem dificuldade na liquidação das condenações por danos morais, as vezes tendo que ultrapassar barreiras para que tenha uma solução adequada.

Uma das opções buscada pela doutrina brasileira foi a teoria dos *punitive damages*, trazida do Direito comparado. Neste ponto, essa opção em específico pode ser viável para a solução de uma gama de problemas. Foi recebida com muita aceitação, mas ainda é tema de discussões fervorosas entre a doutrina.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 225 a 228) ao tratar deste tema, leciona que a função preventiva não exclui a função reparatória na responsabilidade civil. Essa função preventiva, denominada tutela inibitória, tem um caráter de desestimular a continuação ou a repetição do dano ilícito, e encontra base no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”.

O *punitive damage* é bastante discutido pela doutrina no que diz respeito à sua aplicação. A compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio é um questionamento que põe em dúvida seu recebimento pelo nosso ordenamento.

O Código Civil brasileiro, como já mencionado diversas vezes nessa pesquisa, traz no art. 944 a seguinte dicção: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Como também já dito anteriormente, essa dicção remete a finalidade restitutiva da responsabilidade civil.

Assim, o fulcro da responsabilidade civil é o caráter restitutivo, quando o dano for material, a busca é pela restauração ao estado anterior; quando o dano for moral, o objetivo não é mais essa restituição, em vista da impossibilidade, mas uma compensação monetária que se equivalha ao dano experimentado.

Dessa forma, tratando dessa segunda parte da responsabilidade civil, o instituto dos *punitive damages* é aceito no ordenamento pátrio, aplicando primordialmente com objetivo de inibir a reiteração da conduta. Logo, a indenização por dano moral, quando arbitrada pelo juiz, pode ser utilizada com o objetivo de dissuadir o sujeito ativo a causar novo dano, age na forma de pena, conforme explica Sérgio Severo (1996, p. 184):

A indenização de caráter exemplar ou punitivo, ponto que interessa no presente momento, é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes.

Nessa linha, serão tratados nos próximos tópicos os aspectos gerais dos *punitive damages*, visto que seria preciso mais do que uma pesquisa de monografia sobre esse tema, em virtude de suas características específicas e o seu desenvolvimento em diversos ordenamentos no qual faz parte.

3.2 AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS *PUNITIVE DAMAGES*

O fato é que as funções desempenhadas pelos *punitive damages*, atingem, de maneira adequada, todas as funções para as quais foram criadas. Assim, justifica-se a permanência deste instituto mesmo após séculos do seu criamento.

Dessa forma, segundo a doutrina, os *punitive damages* ainda seriam capazes a desempenhar as funções: punitiva – relacionada com a natureza similar a criminal;

educativa – relacionada ao sujeito ativo, o qual pretende desestimular de cometer ilícito; e, preventiva – relaciona ao desestímulo ao cometimento de novos ilícitos.

Então, para ver a adequação deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz entender as características e funções do instituto, para, por fim, fazer uma adequação à nossa realidade.

3.2.1 Função Punitiva

Sustenta parte da doutrina que a mais importante função dos *punitive damages* é a sua função punitiva, que se extrai diretamente da denominação do instituto. Esta função tem o objetivo de punir o ofensor pela sua conduta danosa.

Por esta razão, afirma-se que, como os *punitive damages* se destinam, exclusivamente, a sancionar os ilícitos civis mais reprováveis, marcados pela intencionalidade ou pelo flagrante desrespeito para com os direitos alheios [condutas estas que, por sua especial gravidade, são taxadas pela doutrina de *quase criminais* (“quase criminal”)], eles “*permitem ao júri externar a desaprovação social quanto às graves condutas realizadas por meio da imposição da punição que o ofensor merece*” (C. CALLEROS; 2006; p. 78).

Assim, a função punitiva do instituto em voga não se baseia nos critérios genéricos da responsabilidade civil contemporânea, adotando o critério da responsabilidade subjetiva. Ou seja, a finalidade aqui não é restitutiva, se preocupa mais com a conduta do agente ofensor do que com o dano sofrido pelo ofendido (BEST; BARNES, 2003, p. 610).

Os *punitive damages*, atuam, com uma semelhança à noção kantiana de pena, direcionada a impor ao ofensor uma punição pelo ilícito, visando uma retribuição ao ilícito cometido, alguns afirmam que seria uma espécie de vingança.

Percebe-se que a função punitiva é utilizada como instrumento de força, o que pode trazer riscos na sua aplicação.

Neste ponto, destaque-se que, existem hipóteses que nosso legislador previu a punição, nestes casos, há grande possibilidade de *bis in idem*. Nestes casos, o ofensor seria penalizado em duplicidade. São exemplos de possibilidade de punição

prevista em nosso ordenamento, as responsabilidades administrativa, e, ainda, as penas criminais.

Neste mesmo sentido, o objeto da responsabilidade civil é outro, já visto acima, restando para os ramos do direito administrativo e criminal a finalidade punitiva. Dessa forma, para alguns doutrinadores o valor pago a título de *punitive damages* seria o mesmo da pena, então desvirtuaria a opção legislativa de não atribuir à responsabilidade civil essa possibilidade como fim.

Ocorre que, não se nega nesta pesquisa que o conceito de *punitive damages* se assemelha com o conceito de pena do direito penal. Contudo, é uma falha equiparar esse instituto rigidamente ao direito penal. Maria Celina Bodin de Moraes explica (2003, p. 258):

O instituto dos *punitive damages*, meio de reparação de danos próprio da Common Law, constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois tem o objetivo precípua de punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que se paga à vítima.

Antecipando discussão que será abordada mais à frente, a autora afirma que a “pena pecuniária” deve ser “paga à vítima”, mas como será explicado nesta pesquisa, não é necessário para a existência do *punitive damages* que o pagamento do valor da condenação deva ser entregue à vítima, uma vez que o objetivo do referido instituto é desestimular o sujeito ofensor a não cometer mais o ilícito, e demonstrar aos potenciais ofensores a rejeição social daquele comportamento.

A destinação do valor da condenação é um tema bastante debatido e controvertido pela doutrina e um dos argumentos da parte contrária ao instituto que entende pela impossibilidade de aplicar os *punitive damages* no Direito pátrio, decorre do possível enriquecimento sem causa da vítima.

Firme em tais razões, afastando-se do âmbito penal, os *punitive damages* não devem ser considerados como uma pena, e não devem ser aplicados como uma, mas tão somente um meio de consecução do seu fim, um acréscimo concedido à indenização por danos morais, para atingir o seu objetivo que é a dissuasão da conduta ilícita danosa.

Em razão de todo o quanto exposto cima, é adequado majorar o valor da condenação da indenização com escopo de prevenir uma nova conduta, contudo,

não se deve fazer com objetivo apenas retributivo, em razão da gravidade da culpa ou dano, ou da reprovabilidade da conduta.

A autora Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 263) tratando sobre a instrumentalidade da função punitiva frente à dissuasiva, afirma que “a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido”.

Então, para a referida autora, a punição dos *punitive damages* teria a função dissuasiva, e não retributiva.

3.2.2 Função Educativa

Esta função está ligada às funções punitiva e preventiva dos *punitive damages*. Esta função é extremamente importante, tanto em relação ao sujeito ativo, quanto em relação à sociedade. Assim, esta finalidade é uma adição às outras funções do instituto, e, incide com objetivo de educar o ofensor e, alertar os potenciais ofensores que aquela conduta ilícita é reputada pelo ordenamento com alto grau de reprovabilidade,

O autor D.G.OWEN afirma que a função educativa tem dois aspectos diferentes: em primeiro lugar, a incidência dos “*punitive damages* *certifica, de um lado, a existência de um determinado direito ou interesse legalmente protegido do demandado, bem como, de outro, o correlativo dever legal, por parte do demandado, de respeitar tal interesse*”; e, em segundo lugar, “*os punitive damages proclamam a importância que o Direito atribui àquele interesse violado, bem como a correspondente condenação da Sociedade à flagrante violação do direito decorrente do tipo de conduta levada a cabo pelo demandado*”²

² No original, “[p]unitive damages serve a strong educative function for both the individual offender and society in general, in two significant respects. First, punitive damages certify the existence of a particular legally protected right or interest belonging to the plaintiff, on the one hand, and a correlative legal duty on the part of the defendant to respect that interest, on the other. Second, punitive damages proclaim the importance that the law attaches to the plaintiff’s particular invaded right, and the corresponding condemnation that society attaches to its flagrant invasion by the kind of conduct engaged in by the defendant” (A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, in Villanova Law Review, vol 39, 1994, pág. 374)

A função educativa é essencial para que os *punitive damages* possam desempenhar adequadamente suas funções preventiva e punitiva.

A função preventiva é de suma importância para que todos os potenciais ofensores tenham pleno conhecimento de quais comportamentos que a sociedade reputa indesejáveis.

Por fim, a função punitiva, a partir do prévio conhecimento do grau de reprovabilidade das condutas ilícitas é fundamental para que o ofensor possa ser punido em razão do seu conhecimento. As normas de conduta desconhecidas podem ser uma escusa ao ofensor para não ser punido pelo instituto dos *punitive damages*, dessa forma, essa função educativa tem o condão de demonstrar quais condutas são reputadas particularmente indesejadas.

3.2.3 Função Preventiva

A doutrina indica que uma das principais funções desempenhadas pelos *punitive damages* é a de atuar pro futuro, desestimular o cometimento de novos ilícitos. A ideia por trás desta função é a de que, ao desestimular o cometimento de novos ilícitos (em especial, de ilícitos particularmente reprováveis, caracterizados por condutas intencionais), os *punitive damages* agem de modo a estimular à Lei e a promover o bem estar social.

Nos *punitive damages* a prevenção a reiterados comportamentos semelhantes é o efeito mais relevante. A busca pela preservação da paz social ultrapassa a ideia de imposição de uma “pena civil”.

Nessa linha, não é somente desvalorizar a função tradicional da responsabilidade civil, mas de reconhecer, que a prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, notadamente que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles que tratam dos direitos da personalidade (ANDRADE, 2006, p. 240).

Ademais, deve-se ter em mente que o direito civil atual não prioriza mais o patrimônio. O pensamento inaugurado pela Constituição Federal de 1988 demanda

uma valorização maior para o indivíduo em detrimento ao econômico. Com isso, a preocupação do aplicador do direito deve versar diretamente para a proteção a direitos inerentes à pessoa, buscando-se sempre manter o equilíbrio das relações sociais.

Sendo assim, a mera estipulação de um valor compensatório em nada auxiliará no cumprimento desta filosofia inserida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Há a necessidade de ampliar esta proteção concedida pelo poder judiciário com a busca pela prevenção a novas constringências decorrentes de atos ilícitos. O homem não pode ser usurpado em direitos inerentes à sua existência de forma tão comum como se observa atualmente. A reduzida importância que se dá a este aspecto deságua no descrédito às instituições que, originariamente, nasceram para promover a ordem e a paz social.

Há situações em que a mera compensação ao ofendido pouco representará ao ofensor, seja em razão da própria capacidade econômica da vítima, seja em consequência das vantagens aferidas pelo sujeito passivo decorrente da sua conduta. A gravidade do ato lesivo também poderá trazer danos muito mais complexos do que o valor pago a título de indenização, ainda mais nos danos morais onde não há viabilidade objetiva para a aferição deste montante. “A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque.” (Ibidem, p. 258).

Nesses casos, diz-se, então, que, para exercerem adequadamente sua função preventiva, os *punitive damages* devem incidir nas hipóteses em que, ao menos aparentemente, os custos para evitar o prejuízo seriam superiores àqueles necessários para recompor o patrimônio do lesado e, em especial naquelas hipóteses em que, do cometimento do ilícito (e da imposição do prejuízo) o ofensor poderia vir extrair lucro, valor este que o estimularia a agir em desconformidade com a Lei.

3.3 DISTINÇÃO ENTRE O DANO PUNITIVO E RESTITUTIVO

A distinção entre os institutos é clara, principalmente no que diz respeito a limitação da quantificação da condenação.

Em primeiro lugar, a função dos *compensatory damages*, ou danos compensatórios é de compensar a vítima do ato lesivo. A estipulação da condenação volta-se exclusivamente para a lesão da vítima.

Nessa linha, os *compensatory damages* consistem na indenização tradicional dos sistemas de *civil law*. E como já dito acima, o objetivo desta função é a compensação pelo dano extrapatrimonial ou reparação pelo dano patrimonial.

Entenda-se: No sistema *civil law* o objetivo da responsabilidade civil é a compensação do dano, e os *compensatory damages* tem a função de buscar o retorno ao *status quo antes*, tendo a sua ligação direta com o dano sofrido pelo ofendido, percebe-se, assim, a sua semelhança.

Arthur Best e David Barnes (2003, p. 573, 574) ensinam que os *compensatory damages* tem a função de restituir dano passado, ou, ainda, antecipar dano futuro. Nessa linha, quando o dano for patrimonial, esse instituto será reparatório e quando houver dano extrapatrimonial, este instituto terá por função a compensação do dano sofrido pela vítima.

A diferença deste instituto tradicional dos países do *common law*, para os *punitive damages* é clara, assim, o segundo não tem qualquer relação com o primeiro, notadamente por não visar a restituição do dano.

Como já mencionado em tópicos anteriores, e valendo a pena mais uma vez registrar neste tópico, os *punitive damages* tem o objetivo de dissuadir a conduta do sujeito ativo, neste instituto a análise recai sobre o ofensor.

Por fim, frise-se que, a quantificação da condenação dos *compensatory damages* é calculada a partir da análise do dano sofrido, diferentemente da quantificação da condenação dos *punitive damages* que o magistrato observa outros critérios - que serão citados em momento oportuno -, como por exemplo: o grau de culpabilidade do agente ofensor, a vantagem econômica, e mais outros.

O critério para o arbitramento da indenização compensatória é o dano sofrido (e, para alguns, o grau de culpabilidade do agente); enquanto a indenização punitiva tem muitos outros. Pode-se citar, de antemão, os mais relevantes: o grau de culpabilidade; a situação econômica do ofensor; a vantagem econômica do ofensor; dentre outros.

3.4 OS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA DA COMMON LAW

Feita a introdução dos *punitive damages*, imperioso analisar a evolução histórica deste instituto, para melhor entendê-lo, demonstrando os ordenamentos jurídicos que deram origem a ele.

Assim, cumpre informar desde logo que o seu surgimento se deu na Inglaterra, sendo importado em momento posterior aos Estados Unidos.

Por fim, registre-se que não será tratado neste tópico sua história no Brasil, notadamente por que o desenvolvimento de sua tese está ainda em progresso, não existe uma corrente pacífica.

3.4.1 Surgimento dos *punitive damages*

Como afirmando acima, os *punitive damages* teve sua origem no direito inglês, e a princípio, foi consagrado para punição os ofensores que agiam maliciosamente, de modo ultrajante.

O instituto dos *punitive damages*, nasceu na Inglaterra do século XIII, e no ano de 1278, teve sua aparição no diploma normativo denominado Estatuto de Gloucester (ANDRADE, 2009, p. 178).

Nessa linha, a origem dos *punitive damages* tinha previsão inserida na legislação citada acima, sendo estabelecida indenização triplicada (*treble damages*) nas situações que tinham recuperação de propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário, nestes casos, a condenação não se limitava a extensão do dano,

mas pelo triplo do valor dos prejuízos efetivamente suportado pela vítima (ANDRADE, 2009, p. 178).

A primeira aparição deste instituto no direito inglês decorreu de violações ao direito fundamental de ir e vir, nesse sentido, além da concessão de *habeas corpus* – instituto específico para esses casos -, houve também outra sanção de cunho reparatório. O tribunal fundamentou a aplicação desta sanção com fulcro nas prisões ilegais e abusivas pelo Estado.

O famoso caso de *Huckle vs. Money* que foi julgado pela *House of Lord* ocorreu no ano de 1763 na Inglaterra, dando origem ao primeiro precedente, conforme afirma Wade, Schwartz, Kelly e Parlett (1994, p. 531) citando como o início da sedimentação jurisprudencial dos *punitive damages*, que posteriormente fora importado aos Estados Unidos da América.

Neste caso específico, um tipógrafo (Huckle) ajuizou uma ação indenizatória em face do Rei, notadamente porque sofrera abuso de autoridade por mandado de prisão genérico proferido pelo Rei George III, sem base legal, sua residência foi invadida, e ainda houve constrição do seu direito de ir e vir por mais de seis horas, causando, assim, notório constrangimento.

Neste caso, foi determinado pelo juízo originário o pagamento de trezentas libras ao Autor, valor considerado à época muito superior ao devido para compensar o sofrimento da vítima, tendo como referência o curto período de tempo em que ficou detido. Irresignado com o valor arbitrado pelo júri, o réu recorreu pleiteando novo julgamento, questionando a excessividade do valor arbitrado, citando precedentes anteriores do Tribunal. Contudo, ao apreciar este caso, a *House of Lords* decidiu manter a condenação no valor arbitrado, pois uma indenização meramente compensatória (*compensatory damages*), não seria suficiente para dissuadir nova conduta considerada grave, uma vez que no caso em apreço houve transgressão às liberdades individuais (ANDRADE, 2009, p. 179-180).

Esse precedente formou os pilares do instituto dos *punitives* ou *exemplary damages*, que poderiam ser utilizados como ferramenta para punir os sujeitos ativos nos casos em que ao praticar o ato ilícito, se valeram de malícia, opressão ou fraude (ANDRADE, 2006, p. 188).

Os tribunais norte-americanos também se valeram deste instituto como arma contra os abusos que atingiam a coletividade, os *punitive damages* foram fortemente aplicados a partir do ano de 1960, ganhando espaço no ordenamento jurídico americano, sendo repetidas a sua aplicação.

Contudo, em decorrência de suas indenizações milionárias, Cass R. Sunstein (2002, p. 242), introduz no livro *Punitive Damages: how juries decide* (dano punitivo: como os júris decidem?), o capítulo “*What Should Be Done?*” (o que deve ser feito?), entendendo que em razão da complexidade deste instituto, a jurisprudência ainda não conseguiu criar um sistema fechado para os *punitive damages*.

Dessa forma, é possível observar que até nos países adeptos ao sistema de *common law*, a jurisprudência busca equilibrar a aplicação dos *punitive damages*, tanto no que diz respeito a equalização com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, quanto no que se refere a instrução do júri para que não comprometa a segurança jurídica.

Mesmo com todos os precedentes que versam sobre os *punitive damages*, os pensadores e aplicadores do direito divergem bastante sobre a aplicação e eficácia deste instituto, mesmo com o passar dos anos, e as várias teses desenvolvidas sobre o tema, fato que aparece tanto nos Estados Unidos, como na Inglaterra.

No Brasil, país que segue o sistema de *civil law*, há ainda maiores controvérsias sobre o tema, como já mencionado, a definição e aplicação deste instituto em nosso ordenamento ainda está em desenvolvimento, e tem encontrando diversas barreiras, o que gera uma instabilidade e receio pelos magistrados na aplicação deste instituto, conforme será tratado em tópico pertinente.

Assim, pode-se afirmar que a doutrina precisa, em primeiro lugar, definir o objeto dos *punitive damages*. Explicando: é necessário definir qual fato jurídico é suficiente para acarretar a condenação por *punitive damages*.

E em segundo lugar, a doutrina deve adaptar a aplicação do referido instituto ao nosso ordenamento, alinhando com nossa ideia de responsabilidade civil e a nossa Constituição.

Forte em tais razões, para a adequação do instituto dos *punitive damages* em nosso ordenamento, notadamente no que diz respeito a destinação do montante da condenação, devemos observar os modelos regulativos dos países em que este

instituto é consolidado, para poder buscar o tratamento legal mais eficiente e justo possível.

3.5 RESTRIÇÕES AOS *PUNITIVE DAMAGES*

Nos tópicos acima foram tratados dos aspectos gerais dos *punitive damages* (começamos tratando das funções desempenhadas pelo instituto, distinguindo dos danos compensatórios, e, por fim, tratou-se das razões do seu surgimento), agora, imperioso analisar as hipóteses de restrições para a aplicação do *punitive damages*, suscitado pela doutrina que deram origem ao instituto.

Neste tópico, foi limitada a abordagem a duas hipóteses de restrições que acabam dividindo bastante a doutrina e a jurisprudência, são elas: A limitação do *quantum* dos *punitive damages*; e, a destinação do valor decorrente da condenação pelos *punitive damages*.

As referidas hipóteses por duas razões merecem destaque nesta pesquisa. Em primeiro lugar, ambas acabam freando o desenvolvimento deste instituto, ocasionando, ainda, restrição na sua aplicação. Em segundo lugar, essas restrições, também estão presentes na maioria das discussões entre a doutrina pátria.

3.5.1 Limitação do *quantum* dos *punitive damages*

A quantificação da condenação por *punitive damages*, como já mencionado, é um dos maiores problemas que o desenvolvimento deste instituto em comento encontra, fomenta, ainda, os argumentos da doutrina contrária ao instituto, que se divide em uma parte que busca a restrição do instituto e a outra parte minoritária que busca a abolição.

Os autores Best e Barnes (p. 616 e 617) enfrentando a problemática que os Estados Unidos vêm experimentando, notadamente no que diz respeito a limitação do valor da condenação pelos *punitive damages*, trouxeram normas aplicadas em alguns

estados americanos que acabaram limitando o valor da indenização decorrente dos *punitive damages*, são elas:

Delaware – H.R. 237, 138th Gen. Ass. (introduced May 17, 1995) (would cap punitive damages at greater of three times compensatory damages, or \$250,000).

New Jersey – S. 1496, 206th Leg., 2d Ann. Sess. (1995) (caps punitive damages at greater of five times compensatory damages, or \$350,000, in certain tort cases).

Colorado – Colo. Rev. Stat. §§ 13-21-102(1)(a) and (3) (1987) (as a main rule, caps punitive damages at amount of factual damages).

Nevada – Nev. Ver. Stat. §42.005(1) (1993) (caps punitive damages at three times compensatory damages if compensatory damages equal \$100,000 or more, and at \$300,000 if the compensatory damages are less than \$100,000).

Connecticut – Conn. Gen. Stat. §52-240b (1995) (caps punitive damages at twice compensatory damages in products liability cases).

North Dakota – N.D. Cent. Code §32-03.2-11(4) (Supp. 1995) (caps punitive damages at greater of two times compensatory damages, or \$250,000).³

Cass R. Sunstein (2002, p. 242-243), apontando como solução a essa arbitrariedade: *i)* uma maior firmeza na revisão dos valores arbitrados por júris. Valores flagrantemente muito altos ou muito baixos devem ser revistos, independente de terem sido arbitrados por júris; e *ii)* mais drasticamente, afastar os júris, criando um sistema específico para julgamento dos *punitive damages*, ao que o autor denomina *damages schedule* (tabela de indenizações), indicando, entretanto, ser uma medida mais drástica.

Neste sentido, Prosser; Wade and Schwartz's (1994, p. 526-538), aborda o caso *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*, ocorrido no ano de 1991. A decisão proferida pela Suprema Corte Americana reformou a decisão originária, por maioria dos votos

³Delaware – H.R. 237, 138ª Assembleia Geral (introduzida em 17 de maio de 1995) (limita os punitive damages em no máximo três vezes o valor dos compensatory damages, ou US\$ 250.000,00).

Nova Jersey – S. 1496, 206ª Leg., 2ª sessão anual (1995) (limita os punitive damages em no máximo cinco vezes os compensatory damages, ou US\$ 350.000,00, em alguns casos de responsabilidade civil).

Colorado – Estatuto Revisado do Colorado seções 13-21-102(1)(a) e (3) (1987) (como regra, limita os punitive damages no valor do dano real).

Nevada – Estatuto Ver. de Nevada seção 42.005(1) (1993) (limita os punitive damages em até três vezes os compensatory damages se estes forem iguais ou maiores que US\$ 100.000,00, e em US\$ 300.000,00 se os compensatory damages forem menores que US\$ 100.000,00).

Connecticut – Estatuto Geral de Connecticut seção 52-240b (1995) (limita os punitive damages ao dobro do valor dos compensatory damages em casos de responsabilidade por fato do produto).

Dakota do Norte – Código Anual de Dakota do Norte seção 32-03.2-11 (4) (Supp. 1995) (limita os punitive damages em no máximo o dobro dos compensatory damages, ou US\$ 250.000,00).

entendeu que deve haver limitação na quantificação da condenação dos *punitive damages*. A partir da abordagem desse caso, os referidos autores entendem que para que os magistrados possam processar um cálculo constitucional na quantificação da condenação pelo instituto, seria necessário criar uma fórmula levando em consideração a razoabilidade.

A problemática da limitação do *quantum* da condenação dos *punitive damages*, acarreta também discussão sobre a destinação dessa condenação. Neste ponto, parte da doutrina norte-americana apresenta uma proposta que não buscar impor limite à condenação deste instituto, mas, sim, atribuir outra destinação da condenação do que para a própria vítima, evitando, assim, o enriquecimento sem causa desta. Essa proposta tem objetivo de retirar da vítima a quantia decorrente dos *punitive damages*, e entregar a um fundo público, controlado pelo Estado, para que se possa dar uma maior eficiência à finalidade para que o instituto foi criado.

3.5.2 Destinação dos *punitive damages*

A destinação da condenação por *punitive damages* é mais um problema enfrentado pela doutrina americana, notadamente pela preocupação que a vítima seja excessivamente beneficiada pelo ato ilícito praticado pelo ofensor. Ou seja, assim como no Brasil, o ordenamento jurídico norte-americano, também se preocupa com o que chamamos de enriquecimento sem causa da vítima.

Nessa linha, a doutrina norte-americana apresenta uma proposta que visa retirar da vítima a totalidade ou parcialidade da condenação dos *punitive damages*. Essa proposta propõe que o *quantum* seja transferido para um fundo público, controlado pelo Estado, que de maneira eficiente atingiria as finalidades – compensar integralmente as vítimas do ilícito e dissuadir a prática de novos ilícitos pelo ofensor – para qual o referido instituto foi criado.

O fundamento para esta proposta é que as finalidades dos *punitive damages* não necessariamente são atingidas com o pagamento da condenação à vítima, mas pela força que a condenação resulta ao ofensor. Para a vítima, a compensação a título de *compensatory damages* seria suficiente para compensar o dano sofrido.

De outro lado, a doutrina que entende ser fundamental a destinação do valor da condenação à título de *punitive damages*, afirma que desmotivaria os sujeitos à propor ações. (OWEN, 1994, P. 410)

Por fim, impende destacar que alguns Estados norte-americanos possibilitam a destinação do montante da condenação pelos *punitive damages* a um fundo público, são exemplos deles: Oregon; Utah; Colorado e, Georgia.

4 OS PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da análise dos tópicos acima, entende-se que no que tange os danos extrapatrimoniais, é inviável retornar ao estado anterior ao dano, sendo direito da vítima pleitear indenização que deverá ser arbitrada pelo magistrado.

Um segundo ponto tratado acima, é que com a evolução das sociedades, o instituto da responsabilidade civil no nosso ordenamento além da função da restituição, tem ainda a função punitiva e preventiva.

Nessa linha, percebe-se a necessidade de importar o instituto dos *punitive damages* ao direito pátrio, com objetivo de que possa ser utilizado como ferramenta para auxiliar a responsabilidade civil no cumprimento pleno de suas funções.

Por fim, entende essa pesquisa que a utilização deste instituto no nosso ordenamento, deve estar alinhado aos ditames constitucionais, de modo dissuadir a conduta lesiva com grande possibilidade de ser reiterada.

4.1 INTRODUÇÃO

É perceptível no ordenamento pátrio que o arbitramento da condenação por danos extrapatrimoniais é motivo para uma fervorosa discussão doutrinária, e pode-se afirmar, ainda, que não existe um posicionamento consolidado da jurisprudência acerca do *quantum* indenizatório, conforme será visto no tópico abaixo.

Nessa linha, o magistrado, *a priori*, ao estabelecer o montante da condenação, tem buscado a satisfação do ofendido, se preocupando com a manutenção da

capacidade econômica da vítima, e deixando de lado um ponto importante, que é a dissuasão do ato lesivo.

Com efeito, uma corrente doutrinária brasileira, buscando na doutrina estrangeira um instituto que possa ampliar as possíveis soluções aos entraves presente em nosso ordenamento, abriu espaço para a importação dos *punitive damages* ao direito pátrio.

Assim, os *punitive damages* se mostra viável para atender as necessidades sociais que existem no Brasil, principalmente na prevenção ao comportamento ilícito daqueles que só visam o acúmulo de lucros, passando por cima dos limites legais e desrespeitando continuamente os direitos das pessoas.

Por fim, apesar do instituto em comento ser originário do pensamento jurídico do *Common Law*, este possui flexibilidade suficiente ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro, devendo a doutrina apontar formas capazes de ultrapassar as barreiras que inviabilizam a sua aplicação.

4.1.1 Comentários acerca da jurisprudência

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, tem maior preocupação em arbitrar um montante meramente satisfatório para o ofendido, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima, do que impor restrição ao comportamento do ofensor.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a possibilidade de aplicar os *punitive damages*, mas, ainda, restringe sua aplicação às hipóteses de dano moral:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO EM REVISTA SEMANAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL DE INFORMAÇÃO QUE ATINGE A IMAGEM DE EMPRESA COMERCIAL. DANO AFERIDO NA ORIGEM A PARTIR DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS CARREADOS NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.

SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não se verificam violações aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, fundamentadamente e de forma objetiva, as questões relevantes para o desate da lide.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte Superior, bem como do Pretório Excelso, o prazo decadencial e a responsabilidade tarifada, previstos na Lei de Imprensa, não foram recepcionados pela Constituição de 1988. (Precedentes: RE nº 447.584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluzo, Segunda Turma, DJU de 16/03/2007; REsp nº 579.157/MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJU de 11/02/2008; e REsp 625.023/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, Quarta Turma, DJU de 26/02/2007).

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.

4. Estando assentada pelas instâncias de cognição a existência do dano à imagem da empresa ora recorrida, oriundo do ato praticado pela ora recorrente, revela-se indiferente ter ou não a Corte de origem fundamentado a indenizabilidade pela ofensa no dispositivo legal mais apropriado para tanto, máxime porque inaerredável a aplicação à hipótese do art. 159 do Código Civil de 1916.

5. Resultando as conclusões da Corte *a quo*, acerca da ocorrência do dano moral, do conjunto fático probatório carreado nos autos, sua revisão se revela tarefa interdita a esta Corte Superior, na via especial, nos termos do verbete sumular nº 07/STJ.

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

7. *In casu*, o Tribunal de Origem condenou a ré ao pagamento de “720 dias-multa, calculado o dia-multa à base de dez vezes o valor do salário mínimo vigente no mês de dezembro de 1995 devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento” (fl. 421), o que considerando os critérios utilizados por este STJ, ainda se revela extremamente excessivo.

8. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades deste caso, os princípios jurisprudenciais desta eg. Corte Superior na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, rejeita-se o critério adotado pelo eg. Tribunal de Origem por analogia ao Direito Penal e se fixa o valor do dano moral na quantia de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais), corrigidos monetariamente a partir desta decisão, acrescidos dos juros legais nos termos da Súmula 54 deste Superior Tribunal de Justiça.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 334.827/SP, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009). Negrito não original.

Percebe-se que apesar da forte crítica doutrinária acerca dos *punitive damages*, a jurisprudência pátria abre espaço para o cabimento do instituto em comento no nosso ordenamento.

Com efeito, o referido instituto ainda está em desenvolvimento, assim, há grande margem de liberdade conferida ao magistrado na aplicação dos *punitive damages*, notadamente por se tratar de dano extrapatrimonial.

Desta forma, dada esta discricionariedade, alguns magistrados aplicam os *punitive damages* com o objetivo de promover uma vingança pública. Assim, ao invés de aplica-lo maneira excepcional, aplicam os *punitive damages* observando apenas a reprovabilidade da conduta do ofensor, não se atentando aos demais requisitos para a sua correta aplicação. Segue abaixo a fundamentação de um acórdão que majorou a indenização a título de *punitive damages* em decorrência do caráter malicioso da conduta:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO GRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, **o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.**

II – Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. **E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.**

III – A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes.

IV – O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência de acusação.

V – O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.

(REsp 183.508/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 10/06/2002) (Negrito não original)

O *decisum* acima demonstra inequivocamente que a majoração do *quantum* da condenação pelos danos morais, decorreu do sentimento do magistrado em fazer justiça.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o doutrinador André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 240) cita a possibilidade da aplicação dos *punitive damages* no caso de um sujeito que está bastante alcoolizado e sem observar às normas de trânsito causa um acidente. De outro lado, outro sujeito que também está alcoolizado e observa as normas de trânsito, também causa um acidente, contudo, neste caso não caberia a aplicação dos *punitive damages*, devendo haver o segundo tratamento distinto do primeiro.

Com efeito, no ordenamento pátrio, não há fulcro constitucional, ou, ainda, prévia cominação legal para a aplicação dos *punitive damages* nos casos supracitados. Entende-se que, o referido autor nos casos mencionados teria um entendimento errado, e acabaria dando ensejo a uma punição arbitrária e sem previsão legal, uma vez que, percebe-se que nenhum dos dois tem a intenção de repetir o ilícito cometido, qual seja, causar um acidente, para estes casos de alta reprovabilidade social, existem tipificação na legislação criminal.

Por fim, analisando a jurisprudência brasileira, percebe-se que alguns magistrados ao aplicar os *punitive damages*, observam não apenas o agressor, mas volta os olhos para a vítima, conforme o acórdão seguinte, a razão para majoração da condenação decorreu da gravidade da lesão sofrida pela vítima:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DE PAI E AVÓS. **LESÕES CORPORAIS GRAVES NOS SOBREVIVENTES**. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Considerados os critérios jurisprudenciais, pautados pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, e avaliadas as condições pessoais e econômicas das partes, **e a imensa gravidade da lesão no caso concreto, o dano moral deve ser redimensionado no patamar máximo fixado**, em regra, pelos mais recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a saber, o valor em moeda corrente correspondente a 1.000 salários-mínimos para a vítima que perdeu os dois genitores e teve importante lesão na mão. Fixada a quantia correspondente a 500 salários-mínimos para a sua filha menor que sofreu traumatismo craniano com sequelas irreparáveis. Arbitrado em favor da mãe da menor, também vítima do acidente, indenização no valor em moeda corrente correspondente a 200 salários mínimos, tendo em vista a circunstância de haver ela sofrido dano estético na face e tido que conviver com o dissabor, a preocupação e a necessidade de cuidados permanentes a serem dispensados a sua filha que contava com apenas 4 anos na data do acidente. Quantia que afasta a

alegação de enriquecimento indevido dos ofendidos e, também, estimula a adoção, pela recorrente, de práticas efetivas visando à prevenção de acidentes rodoviários.

2. "Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso" (Súmula n. 54 do STJ).

3. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula 362 do STJ).

4. Recurso especial parcialmente provido. Em consequência, prejudicada a MC nº 16841.

(REsp 1.127.484/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/03/2011, DJ 23/03/2011) (Negrito não original)

Todavia, apesar de perceber o alto grau de discricionariedade permitido ao juiz togado, não restam dúvidas que este é a pessoa mais qualificada para tomar a decisão mais adequada, em decorrência do seu conhecimento e de sua capacidade decisória, reduzindo bastante as possíveis arbitrariedades que este instituto poderia ensejar.

Nessa linha, já foi dado um passo a frente no que diz respeito à importação do referido instituto, porque, nos Estados Unidos, como já mencionado, o valor da condenação a título de *punitive damages* é determinado por um júri, que analisa o fato, e identifica tanto a possibilidade de aplicação ou não, quanto o valor considerado justo para o caso.

Firme em tais razões, não restam dúvidas que há bastante liberdade conferida ao magistrado em poder aplicar o instituto da maneira em que lhe achar mais justa, o que poderia causar grande impacto à sociedade em decorrência do elevado valor que traz consigo a aplicação dos *punitive damages*, todavia, percebe-se que além do magistrado ser a pessoa mais qualificada para aplicação do referido instituto, temos no Brasil o princípio do duplo grau de jurisdição que permite em instância superior reformar aquela decisão arbitrária que se instigou em uma vingança pública.

4.1.2 A viabilidade dos *punitive damages* na experiência brasileira

Os *punitive damages* como já mencionado diversas vezes nesta pesquisa, teve origem nos países que adotam o sistema do *common law*, assim, para entender a possível aplicabilidade deste instituto no nosso ordenamento, necessário pontuar os

traços convergentes e divergentes da forma como é tratado os *punitive damages* no direito anglo-saxão e o ordenamento pátrio.

4.1.2.1 Pontos Convergentes

O desestímulo como já mencionado anteriormente é um aspecto ligado a sanção, nessa linha, este aspecto é o ponto chave dos *punitive damages*.

Com efeito, o valor majorado em decorrência da condenação pelos *punitive damages* - que tem por objetivo a dissuasão da conduta ilícita -, é compatível com qualquer ordenamento jurídico que tenha previsão da sanção penal.

Em seu livro, Adriano Stanley Rocha Souza (2009, p. 260) afirma que os *punitive damages* com intuito de punir o ofensor e desestimular que este pratique conduta semelhante, acaba utilizando a técnica de dissuasão, assim, necessário é que exista o dano.

Impende destacar que, em junho de 2002, o deputado Ricardo Fiuza apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.960/2002, que tramitou no Congresso Nacional. Este projeto propôs alterações em alguns artigos do Código Civil, nessa linha, uma das propostas é a inclusão ao parágrafo 2º do art. 944 o seguinte texto: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”. (BERNARDO, 2005, p. 176).

Ocorre que, o referido Projeto de Lei foi arquivado, mas no ano de 2007, o deputado Léo Alcântara apresentou o Projeto de Lei nº 276/2007, contendo exatamente o mesmo texto do projeto anterior.

Assim, fica claro a partir das iniciativas dos nossos legisladores em importar e positivar os *punitive damages*, que este instituto mostra-se adequado ao ordenamento pátrio.

Diversos doutrinadores brasileiros afirmam em suas obras que a indenização por danos extrapatrimoniais, e, ainda, por danos patrimoniais possuem a finalidade de reparar o ofendido e punir o ofensor, como por exemplo Tereza Ancona Lopez (1999, p. 106).

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 359) leciona que no que se trata da indenização por danos patrimoniais, a natureza punitiva também está presente, uma vez que é função intrínseca à indenização, aduz também que, as indenizações por danos extrapatrimoniais também tem a função punitiva presente. Percebe-se então a finalidade punitiva indiretamente, pois com a condenação de indenizar, ocorre o desestímulo do ofensor em reiterar sua conduta danosa.

Dessa maneira, nota-se que a maior problemático da aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento, é o formalismo legal.

Assim, sem desconsiderar que a previsão legal não seja relevante, sendo esta a uma das divergências, o instituto dos *punitive damages* é apto perfeitamente com nosso ordenamento.

Nesse diapasão, alguns doutrinadores afirmam que os *punitive damages* ferem os princípios constitucionais do *bis in idem* – tem a função de impedir a dupla punição sobre a mesma conduta.

Ocorre que, o referido princípio deve ser compreendido concomitantemente com o princípio da independência das instâncias, nessa linha, o mesmo sujeito pode ser punido pelo mesmo ato mais de uma vez se for por esferas distintas, frise-se que esse entendimento é majoritário na doutrina brasileira.

O doutrinador José Armando da Costa (2008, p. 1) em sua obra, tratando deste tema, cita o exemplo do servidor público que pratica ato ilícito, neste caso, entende o autor, que este agente pode – e deve – ser punido nas esferas civil, penal e administrativa.

Outro exemplo que é válido ser mencionado é o do sujeito que, em desconformidade com às normas de trânsito, atropela e mata uma pessoa. Neste caso, o referido sujeito ofensor tem a obrigação de ressarcir a vítima pela condenação civil, e, ainda, poderá ser sancionado tanto na esfera penal, quanto na esfera administrativa, não havendo o que se falar em *bis in idem*.

Por fim, o inciso XXXV do art. 5º da CF/88, afirma expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sobre o tema, Marinoni (2003, p. 33) alerta que se pode aplicar os *punitive damages*, em consonância com esta cláusula geral.

4.1.2.2 Pontos divergentes

O primeiro ponto divergente que é a maior problemática para admissão dos *punitive damages* no nosso ordenamento é a questão da proibição da aplicação de pena sem prévia lei, ou seja, a necessidade de prévia cominação legal.

Alguns doutrinadores, como por exemplo, a autora Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 47), entendem que não há em nosso ordenamento jurídico previsão normativa, que, poderia ser utilizada como fundamento legal para aplicar os *punitive damages*.

Assim, a autora Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 55) entende que, para o referido problema, deve-se criar uma *fattispecie* abarcando as condutas que possam ensejar a condenação pelos *punitive damages*,

É de entendimento pacífico que, os princípios constitucionais têm *status* de norma, neste ponto, Thiago Bomfim (2008, p. 62-63) com referência nos estudos de Paulo Bonavides, alerta que a doutrina brasileira pacificamente reconhece a normatividade dos princípios constitucionais. Logo, nosso ordenamento admite que as eficácias negativa e positiva dos princípios, que são vinculantes, obrigam, e tem força de norma.

Firme em tais razões, pode-se afirmar que não existe direito absoluto, logo, a garantia de prévia cominação legal para imposição de pena, também está inserida no referido entendimento.

A Constituição Federal de 1988 deu margem expressa para que o magistrado utilize um princípio ao caso concreto, através do juízo de valor, afastando uma norma (regra ou princípio) - para que seja assegurada a proteção dos direitos fundamentais, caso entenda que adoção de determinado princípio ao caso fático é mais vantajoso.

Dessa forma, a aplicação dos *punitive damages* pelo magistrado, demonstra um ativismo judicial, uma vez que tem por objetivo o fomento dos princípios constitucionais, a exemplo, do que previsto no art. 3º, I da CF/88⁴.

A segunda divergência diz respeito também a um princípio que está presente em todo o direito privado, que é o enriquecimento sem causa. Há muitas causas para a concretização deste princípio, como o empobrecimento de uma das partes em razão do enriquecimento da outra a partir de causa não justificativa.

A doutrina lança duras críticas a aplicação dos *punitive damages*, fundada no referido princípio que hoje está expressamente positivado no Código Civil.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, vem diminuindo os valores atinentes às condenações por agressões extrapatrimoniais, justificando a moderação do *quantum* arbitrado em suas decisões com base no suposto enriquecimento sem causa do ofendido.

Contudo, sobre esse tema, serão destinados alguns tópicos a fim de elucidar essa questão tão controvertida em nosso ordenamento.

4.1.3 Requisitos para aplicação dos *punitive damages*

Antes de adentrar no tema atinente aos requisitos para aplicação dos *punitive damages*, necessário reiterar quais as finalidades que este instituto tem no ordenamento pátrio.

No Brasil, como já foi visto nos tópicos acima, os *punitive damages* devem ser aplicados tão somente pela sua finalidade dissuasiva, sendo a punição apenas um instrumento para a consecução da dissuasão pretendida, mas não um fim a ser alcançando.

Assim, compreendida a finalidade dos *punitive damages* em nosso ordenamento, este tópico ajudará a definir melhor o objeto da dissuasão. Ou seja, quais as situações o magistrado pode aplicar os *punitive damages* majorando o valor da condenação com objetivo desestimular a conduta ilícita do ofensor.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

4.1.3.1 Reiterabilidade da conduta

Em primeiro lugar, para aplicação dos *punitive damages*, deve-se analisar a probabilidade de reincidência do sujeito ofensor. Assim, quanto maior for a indiferença do sujeito em relação a sua conduta ilícita, maior será a necessidade de puni-lo, demonstrando que o ordenamento não tolera tanto a conduta praticada, como o descaso do sujeito ofensor.

Entenda-se. Suponha-se que, dois sujeitos discutam fervorosamente sobre política, um dos sujeitos pega uma faca e esfaqueia o outro diversas vezes, ferindo-o gravemente, e depois abandonando a vítima à morte.

Neste caso, existe um comportamento mais gravoso por parte do ofensor, notadamente por se tratar de uma conduta de alta reprovabilidade social e de consequência grave, assim, de plano imagina-se a possibilidade de imputação do *punitive damages*.

Contudo, a sanção desta conduta já está tipificada na legislação penal, não havendo na esfera cível alguma previsão. Assim, o magistrado ao julgar o referido caso, não deve majorar o valor da condenação somente pelo seu sentimento de fazer justiça, neste caso, a sua decisão deve ser restringida à técnica, para que o ofensor não seja condenado excessivamente.

Percebe-se, no caso exemplificado que, a repetição da conduta é demasiadamente improvável, ou seja, as chances da mesma situação ou outra semelhante ocorrer outra vez é muito baixa, e, a aplicação dos *punitive damages* com fito de aumentar o valor da indenização, não demonstra ser eficaz à dissuadir o sujeito, uma vez que nessas situações, via de regra, a conduta danosa é passional e desprovida de razão.

Dessa forma, a probabilidade de reiteração da conduta, deve ser considerada na hora de avaliar a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, firmando assim um dos requisitos à aplicação do referido instituto no ordenamento pátrio.

Então, como já fora mencionado, a presença desse requisito serve para que o magistrado ao aplicar os *punitive damages* não se desvirtue da função dissuasiva.

Ou seja, se a finalidade é dissuadir, imperioso é que a conduta ilícita tenha razoável probabilidade de reiteração.

Um exemplo é o caso de uma empresa que tenha recebido a recusa de uma celebridade para participar de um comercial, usa indevidamente a imagem do sujeito, assumindo, qualquer custo com danos morais e materiais de uma possível demanda judicial (BORGES, 2010, p. 449).

No caso em tela, a condenação a título de danos compensatórios seria arbitrada pelo magistrado em um valor aproximado da remuneração que a vítima teria recebido caso aceitasse a proposta, somado a um valor previsível a título de danos morais.

Nota-se que a empresa estaria praticando um comportamento ilícito conscientemente, ou seja, se valendo da má-fé, e, ainda se beneficiando. Seria semelhante à situação em que a celebridade tivesse assinado o contrato de cessão de imagem, que foi negado.

Assim, para que a sanção seja justa, deve-se impor um efeito dissuasivo sobre o sujeito ativo, bem como aos demais possíveis agentes ofensores, devendo o juiz aplicar o instituto dos *punitive damages*, aumentando o valor da condenação, com escopo de desestimular a reiterabilidade da conduta praticada, seja pelo ofensor, seja por qualquer outro que tenha vontade de praticar conduta semelhante ou igual à punida.

Forte em tais razões, a conduta ofensiva por mais reprovável que ela possa ser, caso não haja possibilidade de repetição desta, não existira como aplicar a função dissuasiva dos *punitive damages*, uma vez que não há o que desestimular. Assim, nos casos onde a repetição não é provável, não é legítimo a aplicação objeto desta pesquisa.

O autor André Gustavo Corrêa de Andrade (2008, p. 14) ao tratar do referido requisito afirma que “a função preventiva constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva.”, aduz ainda que “A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória.”.

Por fim, cabe mais uma vez ressaltar que caso não haja possibilidade de repetição da conduta danosa pelo sujeito ativo, também não há o que se falar em condenação pelos *punitive damages*.

4.1.3.2 Configuração de dano moral

Os *punitive damages* surge em nosso ordenamento, com objetivo de preservar os direitos da personalidade, sendo uma forma de aumentar o valor da indenização por dano moral, assim, a existência de dano moral, também é um requisito para aplicação do referido instituto (ANDRADE, 2009, p. 262).

Não obstante, destaque-se que, nada impede, que a aplicação dos *punitive damages* não esteja somente atrelada aos direitos da personalidade. Sem dúvidas, o instituto não seria deturpado por isso, muito pelo contrário, haveria uma ampla margem para sua aplicação. Contudo, no momento em que vive nosso ordenamento jurídico e a nossa sociedade, os *punitive damages* deve tutelar os direitos da personalidade, logo, no Brasil não há o que se falar em *punitive damages* sem falar também em dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também segue essa linha de entendimento, *in verbis*:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALORES DESVIADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DA CONTA CORRENTE DO DEPOSITANTE. Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais (+) a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285) (Negrito não original)

O relator Ministro Ari Pargendler, ao proferir seu voto, sustentou que “no Brasil, a indenização de perdas e danos não tem função punitiva.” (BORGES, 2010, p. 439)

4.1.3.3 Dolo ou culpa grave

Ao lado da configuração do dano, a possibilidade de reiterabilidade da conduta, o auto Cass R. Sunstein *et al.* (2002, p. 75) cita a *culpa (lato sensu) grave* também como mais um requisito à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento norte-americano. Assim, em nosso ordenamento jurídico, também podemos importar esse requisito.

Nessa linha, Cass R. Sunstein afirma que para que o magistrado condene um sujeito ao pagamento dos *punitive damages*, não é suficiente que este tenha sido negligente ou imprudente ao praticar sua conduta. Ou seja, não é suficiente que tenha havido um desvio da conduta esperada do *reasonable man* – ou, como afirma o autor, um descuido em seguir o “*proper standard of care*” (padrão de cuidado). O requisito é o grave desvio de conduta que resulta no dano.

Com efeito, analisando a finalidade do instituto, qual seja: a dissuasão, não poderia o magistrado aumentar expressivamente o valor da indenização nos casos que não houve dolo, se não se distanciaria por completo do objetivo que propõe os *punitive damages*.

Os autores Best e Barnes (2003, p. 610) em sua obra, ao analisar os casos *Peete v. Blackwelle Shugar v. Guill*, citam o “*intentional tort*” (em tradução livre, responsabilidade intencional) como um requisito fundamental para que seja aplicado os *punitive damages*.

Por tudo quanto exposto, percebe-se que necessário que haja dolo para configurar a aplicação dos *punitive damages*, notadamente pelo objetivo deste instituto que é a dissuasão, não fazendo sentido que o sujeito tenha majorada o valor da sua condenação quando este não agiu com dolo ou culpa grave.

4.2 CRÍTICA DA DOUTRINA QUANTO À ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGE* NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A doutrina pátria aponta algumas críticas contrárias à admissão dos *punitive damages* no nosso ordenamento jurídico. Os argumentos daqueles que se

posicionam contrário à possibilidade de aplicação do referido instituto, são basicamente: (i) A finalidade punitiva não é compatível com nosso Direito Civil; (ii) os *punitive damages* viola o princípio do *ne bis in idem*; (iii) o magistrado teria uma margem grande de liberdade para aplicar os *punitive damages*; (iv) os *punitive damages* é fonte para o enriquecimento sem causa do ofendido.

Com efeito, a maioria das críticas lançadas pela corrente contrária aos *punitive damages* foram enfrentadas ao longo desta pesquisa. Em assim sendo, este tópico será destinado a tratar do enriquecimento sem causa e colocar por terra os argumentos sustentados pelos opositores.

4.2.1 O enriquecimento sem causa na responsabilidade civil

Primeiramente, a questão do enriquecimento sem causa é constantemente apontado pela doutrina como um dos pontos mais polêmicos no que se refere aos *punitive damages*, isto porque este instituto, como visto, pressupõe condenações em valores superiores àqueles destinados à compensação do dano, acarretando, assim, na alteração da condição econômica do sujeito. Nessa linha, pode-se observar facilmente na jurisprudência norte-americana, por vezes, o arbitramento de indenizações desproporcionais, o que acaba dando margem para a crítica da doutrina, fortalecendo a resistência para a aplicação dos *punitive damages* no Brasil.

A autora Maria Cândida do Amaral Kroetz (2005, p. 68) leciona que o enriquecimento sem causa, aparece quando há: a) enriquecimento; b) ausência de causa; e c) às expensas de outrem.

Para o autor Miguel Maria de Serpa Lopes (1962, p. 65) o enriquecimento sem causa “consiste num acréscimo injustificado de um patrimônio com o sacrifício da perda do elemento de um outro, sem que para tal deslocamento tenha havido uma causa justificada, produzindo, em consequência, um desequilíbrio patrimonial”.

Assim, o que se vê é um princípio teórico, que não apresenta muita divergência de conceituação, sendo, portanto, o locupletamento sem um justo motivo.

Maria Cândida do Amaral Kroetz (2005, p. 68) afirma ainda que o enriquecimento sem causa se diferencia da responsabilidade civil na medida em que o primeiro tem

por objetivo a restituição de um enriquecimento e o segundo tem por objetivo a restituição de um dano.

Esse entendimento também é patrocinado por Diego Leite Campos (2002, p. 19), que destaca os pontos onde divergem os dois institutos:

Na responsabilidade civil, e ao contrário do enriquecimento sem causa, a lei não se refere aos efeitos benéficos de uma certa deslocação patrimonial de um dado patrimônio, mas antes aos efeitos prejudiciais de uma ação ilícita na esfera jurídica de alguém. A lei não quis atribuir diversos efeitos ao enriquecimento, no qual não pensou, mas sim unicamente reparar um dano. Portanto, a referência a este não impede a restituição do enriquecimento que o exceda. Trata-se de uma verdadeira lacuna, só integrável mediante recurso ao enriquecimento sem causa, dado que a lei não previu esta hipótese em qualquer norma específica.

Com efeito, o enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito das obrigações, contido expressamente no nosso Código Civil. Este princípio é tratado como um instituto do Direito, notadamente por haver um feixe de normas que tratam dele.

Dessa forma, é necessário tratá-lo como um instituto do direito, e não somente como um princípio.

4.2.2 Vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido

Entendido o instituto do enriquecimento sem causa, cabe agora dissecar a sua aplicação enquanto crítica da doutrina contrária aos *punitive damages*.

No que diz respeito à aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento, é reiterativa a preocupação de alguns autores em relação ao enriquecimento sem causa do ofendido.

Neste ponto, o que se percebe analisando a aplicação dos *punitive damages* no direito norte-americano é que o pagamento de elevadas quantias atrairia a atenção daqueles sujeitos aproveitadores, que buscariam o Poder Judiciário para pleitear indenizações indevidas e que não refletem a realidade fática.

Neste sentido, para a corrente contrária, olhar a capacidade econômica do ofensor acarretaria em diversas demandas, uma vez que haveria o pagamento de valores superiores ao que o ofendido tem para viver. Neste ponto, estar-se-ia abrindo a

cancela para o enriquecimento sem causa do ofendido, e criando uma “loteria judicial”. Assim, um dos fundamentos da corrente que defende a aplicação do enriquecimento sem causa é que este impossibilitaria a majoração do valor da indenização em razão da capacidade econômica do ofensor, um dos requisitos de quantificação dos *punitive damages* que não se relaciona com o dano sofrido pela vítima (e sua reparação).

Com efeito, analisando isoladamente a destinação de qualquer valor indenizatório por danos extrapatrimoniais, pode-se afirmar que em todas as situações, seja o valor meramente compensatório ou o punitivo, ter-se-á o acréscimo no patrimônio do ofendido. Independente do montante, seja ele irrisório ou extremamente alto, não resta dúvidas que a vítima enriquecerá.

Por outro lado, é inegável que todos os indivíduos que estão sujeitos a sofrerem dano têm o direito de ser indenizados. Assim, fica a dúvida que a corrente contrária não responde, que é: como garantir que a conduta lesiva não se repita? Ademais, da forma como essa corrente doutrinaria põe o enriquecimento sem causa, este se transforma em um muro intransponível, que prejudica a população mais humilde, que é alvo direto de comportamentos ilícitos, pois para o ofensor vale a pena repetir a sua conduta ilícita, já que suas indenizações serão menores do que seus lucros.

Com efeito, como já mencionado diversas vezes nos tópicos acima, os *punitive damages* têm por objeto a prevenção, através da dissuasão da conduta ilícita. Assim, por exemplo, uma empresa que rotineiramente pratica condutas ilícitas, causando danos aos seus consumidores pela necessidade de acumular lucros a qualquer custo, só irá respeitar os direitos destes se houver uma punição pecuniária de valor relevante e com finalidade sancionatória.

Firme em tais razões, aferir o enriquecimento sem causa em decorrência da aplicação dos *punitive damages*, passa pelo crivo da justiça, e deve ser observada. Assim, em sendo legal a aplicação dos *punitive damages*, a quantia correspondente deve ser entregue a vítima ou a um fundo público, não ensejando o enriquecimento sem causa de nenhum dos dois.

Neste ponto, Eduardo Uilan leciona que o enriquecimento sem causa não se aplicará ao valor decorrente dos *punitive damages* “desde que [sua incidência] esteja prevista e autorizada por lei. Havendo lei que lhe dê causa (justificativa) não

há enriquecimento sem causa”. Percebe-se que uma lei prévia pode ser um elemento para afastar a vedação do enriquecimento sem causa como óbice aos *punitive damages*.

Ainda há parte da doutrina que afirma que sempre haverá enriquecimento sem causa por parte do sujeito passivo se ele for o destinatário dos valores decorrentes dos *punitive damages*. Aduzindo que o enriquecimento sem causa apenas seria evitado se os valores que excederem o necessário para a compensação dos prejuízos sofridos fossem enviados para um fundo público, ou a entidade beneficente (Vaz, 2009, p. 84).

Por fim, a destinação do valor da condenação por *punitive damages* é apenas uma questão de escolha legislativa. Uma vez que não existe obstáculo constitucional para definir qual opção é a melhor, deve-se procurar aquela que é mais eficiente para cumprir as finalidades dos *punitive damages*.

4.3 A DESTINAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Por fim, tratando do último aspecto pertinente à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento pátrio, necessário se faz tecer considerações sobre a destinação do *quantum* do referido instituto, abordando as duas possibilidades que são consideradas adequadas, eficientes e justas. Assim, o montante pago por ele pode ser destinado: (i) à própria vítima (que é o sujeito que sofreu a lesão direta ou indireta da conduta ilícita); ou, (ii) a um fundo público (que será controlado pelo Estado, tendo por finalidade o financiamento de melhorias sociais).

Nessa linha, cumpre informar que qualquer das opções acima referidas não demonstra ser errada ou inválida, capaz de tornar a impossível a aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento.

Assim, com a prévia cominação legal das hipóteses para aplicação do referido instituto, poderá este ser demandado de maneira adequada, não havendo que se falar em irregularidade, não sendo mais relevante qual seria a destinação do valor da condenação pelos *punitive damages*. Ou seja, caso o valor arbitrado pelo magistrado a título de *punitive damages* seja entregue à vítima, não haveria que se

falar em enriquecimento sem causa do ofendido; e caso o referido valor seja destinado a um fundo público, também não macularia a aplicação dos *punitive damages*.

Firme em tais razões, o que será abordado nos tópicos abaixo será tanto as possibilidades que a doutrina criou quanto à destinação da condenação pelos *punitive damages* quanto o posicionamento sobre qual das duas daria maior efetividade para atingir as finalidades do referido instituto.

4.3.1 Destinação ao ofendido

A primeira opção que se cogita para a destinação do valor da condenação pelos *punitive damages* é ao próprio ofendido, ou seja, o autor da demanda. Neste caso, o montante integral arbitrado pelo juiz será destinado ao patrimônio da vítima.

Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 383) defende que o autor da demanda deve receber o montante da quantia paga a título de *punitive damages*, mesmo que o valor exceda o limite dos prejuízos enfrentado por ele. Segundo o doutrinador, a justificativa para o recebimento do valor integral pelo demandante, seria pela razão que este, ao ajuizar a ação, tem por objetivo não somente ser recompensado pelo dano sofrido, mas também punir o ofensor pelo ilícito praticado, dissuadindo a possível repetição da conduta reprovável, agindo não somente em interesse próprio, mas em benefício de todos os jurisdicionados.

Ainda segundo o doutrinador (2009, p. 383), o demandante estaria agindo em defesa de todos os jurisdicionados passíveis de sofrer dano pela mesma conduta reprovável, razão pela qual justificaria o recebimento do montante dos *punitive damages*, de modo que lhe estimularia a propositura de ações desse tipo. Nas palavras do referido doutrinador:

Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileiro, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral.

O fundamento para o entendimento acima referido passa pela ideia de justiça, notadamente pelo estímulo e recompensa que o demandante tem por agir não

somente em defesa de direito próprio, mas também em interesse de toda a coletividade, buscando, assim, o equilíbrio social.

Contudo, este entendimento é bastante criticado, e são vários doutrinadores que se posicionam contrários a essa possibilidade de destinação do valor da condenação pelos *punitive damages*.

Nessa linha, Maria Celina Bodin de Moraes (2004, pag. 77) leciona que o montante que exceder o limite do prejuízo enfrentado pela vítima, ou seja, o valor que será pago em decorrência da punição do agente ofensor, não deve ser destinado ao ofendido, mas sim um fundo pré-determinado, com objetivo de beneficiar um número maior de jurisdicionados.

Para a parcela da doutrina que segue o mesmo raciocínio da autora acima referida, a proposta abordada por ela também eliminaria a possibilidade do enriquecimento sem causa do ofendido, comprovando a essência coletiva dos *punitive damages*, e desestimularia, ainda, as meras aventuras jurídicas com escopo de enriquecimento dos demandantes.

Por fim, há ainda outra problemática apontada pela doutrina no que se refere à destinação do montante da condenação por *punitive damages* à própria vítima. Segundo essa corrente doutrinária, existe a possibilidade do magistrado, com receio de atribuir ao ofendido uma quantia muito alta, que geraria o seu enriquecimento, acabar moderando o *quantum* da indenização, não atingindo com eficiência a finalidade punitiva e preventiva dos *punitive damages*.

Por tudo quanto exposto, a partir dos argumentos apontados pelas duas correntes doutrinárias, acredita-se que a destinação do montante da condenação pelos *punitive damages* deve ser destinado à própria vítima, notadamente por se mostrar a solução mais eficiente, pois sem o incentivo necessário aos demandantes, este instituto perderia sua eficiência, uma vez que, poucos, ou quase nenhum jurisdicionado, pleitearia essa indenização.

Para ilustrar o posicionamento acima, cita-se o exemplo da lei municipal nº 5.978/2001, que garante ao consumidor o limite de espera máximo de 15 (quinze) minutos em dias normais e 30 (trinta) minutos máximo em dia posterior ou anterior a feriados para serem atendidos nos bancos. A sanção para o não cumprimento desta obrigação é a multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada ocorrência de

descumprimento. Neste caso, percebe-se que os bancos continuam desrespeitando essa lei. É evidente a indignação dos consumidores que chegam a esperar mais de uma hora para serem atendidos, contudo, por não haver o incentivo necessário – já que o valor da multa não é destinado ao próprio consumidor lesado -, estes mesmos consumidores insatisfeitos se omitem e não denunciam os abusos sofridos, uma vez que não terão a recompensa pela defesa do direito da coletividade.

4.3.2 Destinação a um fundo público

A alternativa apresentada pela doutrina é a destinação do montante da condenação pelos *punitive damages* a um fundo público. Para essa parcela doutrinária, em vez de admitir a destinação integral do pagamento pelos *punitive damages* à própria vítima do ilícito, ou seja, apenas para o autor da demanda, este valor deveria ser destinado à coletividade, através de um fundo público que seria gerido com objetivo de beneficiar de forma direta a comunidade que o ofendido está inserido.

Neste sentido entende a autora Maria Celina Bodin de Moraes (2004, pag. 77), afirmando que “em uma indenização ‘exemplar’, em se tratando de resposta à coletividade, o destinatário não poderia ser outro”.

Na mesma linha de raciocínio, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 181) leciona que adotando essa posição acerca da destinação, a grande vantagem seria o desestímulo das litigâncias frívolas.

Como já mencionado no tópico acima, outra vantagem aventada por parcela da doutrina é que o magistrado, ao arbitrar o valor da condenação a título de *punitive damages*, não pesaria em sua decisão o suposto enriquecimento sem causa da vítima, uma vez que o montante seria destinado a um fundo público, assim, não haveria risco de uma redução no montante pecuniário, então haveria uma maior eficiência nas finalidades do instituto em voga.

Sobre o tema, Fernando Noronha (2007, pag. 439/400) sustenta que a criação de um fundo que visa à defesa dos direitos difusos, ao qual são destinado o montante das condenações pelas ações civis públicas de natureza indenizatória, fomentou a

majoração da condenação que tenham desempenhado as funções preventiva e punitiva, dissuadindo o lesante a repetir sua conduta.

Sobre o tema, impende ainda registrar o posicionamento de Judith Matins Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, pag. 262), que entendem ser necessário que a quantia decorrente da condenação pelos *punitive damages* seja destinado a um fundo criado por lei e de gestão pública, para melhor servir à coletividade e não somente a individualidade, hipótese na qual beneficiaria apenas o ofendido.

A autora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, pag. 15) também defende que o montante total resultada da condenação pelos *punitive damages*, deve ser destinado a um fundo público, nesse sentido cita o art. 13 da Lei. 7.347/85, que prevê: “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”, este artigo trata dos danos ao meio ambiente, ao consumidor e a bens específicos.

Dessa forma, o montante guardado no fundo público, caso tenha uma má utilização dos recursos pelo gestor, ensejará ação autônoma para questionar tal gestão, seja por via tanto administrativa, seja por via judicial.

Portanto, para essa corrente doutrinária, ainda que os danos causados pela conduta lesiva atinjam somente um indivíduo, o montante resultante da condenação pelos *punitive damages* deve ser destinado a um fundo público de amparo à coletividade. Assim, os recursos seriam destinados à reparação dos bens lesados, notadamente porque, ao fim e ao cabo, a sociedade também é vítima da conduta lesiva.

Por fim, percebe-se que a destinação dos valores indenizatórios dos *punitive damages* quando destinado para um fundo público, a princípio, ajuda a mitigar o argumento daqueles que entendem haver o enriquecimento sem causa do ofendido quando percebido o montante integral. Por outro lado, como já demonstrado, esse argumento não merece guarida mesmo quando o destinatário da parcela punitiva é o ofendido, desde que a aplicação dos *punitive damages* tenha respaldo legislativo e seja devidamente justificada pela decisão do magistrado, que deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao proferir sua decisão.

Firme em tais razões, os argumentos daqueles que admitem os *punitive damages* em nosso ordenamento apenas nas hipóteses nas quais a destinação da condenação pelo referido instituto deva ser direcionado a um fundo público são frágeis, logo, a solução mais adequada para dar mais efetividade aos *punitive damages*, como já mencionado no tópico anterior, deve ser a remessa do montante para a própria vítima, a fim de estimular a atuação positiva em relação às condutas ilícitas com muita chance de serem repetidas, havendo, neste caso, uma proteção à coletividade dos abusos dos potenciais agentes ativos.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto nesta pesquisa, pode-se verificar que com objetivo de efetivar as finalidades punitivas e dissuasivas da responsabilidade civil, a doutrina e jurisprudência pátria buscaram no Direito Comparado um instituto que suprisse essa necessidade. Nesta situação, a doutrina dos *punitive damages* mostrou-se uma solução viável para a problemática em questão.

Justamente em atenção a este instituto, os *punitive damages*, ou *exemplary damages*, são um instituto que teve sua origem nos países de *common law*. Consiste em uma sanção punitiva civil, que acarreta uma condenação pecuniária de valor alto ao sujeito ativo da conduta ilícita, bem como a dissuasão da conduta com alta probabilidade de repetição.

Nessa linha, a origem do referido instituto ocorreu no direito inglês – precedente *Huckle v. Money* -, mas foi no direito norte-americano que ele ganhou destaque, passando a utilizar o instituto da responsabilidade civil como sanção punitiva, ou seja, o objetivo não era meramente compensatório, passou a ser também punitivo e dissuasivo.

Os *punitive damages* nesses ordenamentos se destinavam a punir as condutas de alta reprovabilidade, sendo a sua incidência excepcional, exigindo a presença de todos os seus requisitos.

Ocorre que os *punitive damages* são um instituto polêmico, e a partir dos valores milionários arbitrados pelos magistrados americanos, a doutrina passou tecer diversas críticas acerca da aplicação deste instituto. Dentre estas críticas está o problema do enriquecimento sem causa da vítima, que gerou uma discussão polêmica entre a doutrina acerca da destinação do montante da condenação pelos *punitive damages*.

Assim, pode-se afirmar que os *punitive damages* são uma ferramenta utilizada para o desestímulo. Este instituto, portanto, tem flexibilidade para ser adaptado ao ordenamento no qual for inserido.

Como visto, no Brasil não há previsão legal para aplicação dos *punitive damages*. Neste ponto, muitos doutrinadores estão resistentes à aplicação deste instituto no nosso ordenamento, sendo o maior receio o problema do enriquecimento sem causa da vítima.

Todavia, para que os *punitive damages* possam ser aplicados no Brasil, dependerá da ponderação de bens e interesses, logo, mesmo que haja um descumprimento de um princípio constitucional - prévia cominação legal, como está previsto no art. 5º, XXXIX da CF/88 -, poderá servir para concretizar outro princípio no caso concreto, como por exemplo, o da função social da propriedade. Ou seja, para que haja legítima aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento, é necessário que se tenha um princípio constitucional como fundamento, que pode ser escolhido no caso concreto, quando da propositura da demanda, desde logo, fica impugnado qualquer argumento no sentido de o referido instituto acarretar o enriquecimento sem causa do ofendido, notadamente por já haver sua previsão legal decorrente de lei.

Dessa forma, pela sua característica de técnica de dissuasão, o instituto dos *punitive damages* pode ser utilizado para salvaguardar e efetivar algum princípio constitucional, desde que devidamente sopesados o princípio que se pretende garantir versus o princípio da previa cominação legal das penas.

Neste sentido, para que o magistrado possa aplicar os *punitive damages* ao caso concreto, devem estar presentes os requisitos objetivos para aplicação dos *punitive damages*, assim, acredita-se que este instituto deverá ser utilizado para sancionar condutas com grande probabilidade de repetição – seja pelo mesmo agente, seja

por outros possíveis ofensores -; e que o agente tenha agido com dolo ou culpa grave, restando legítima a aplicação dos *punitive damages* com sua finalidade dissuasiva.

Com efeito, entendeu-se que serão necessárias adaptações para que os *punitive damages* sejam aplicados de maneira legal e justa no ordenamento pátrio. Neste ponto, o receio por parte da doutrina quanto ao enriquecimento sem causa acarreta restrições, por essa razão, foram apresentadas duas possibilidades de destinação final do quantum dos *punitive damages*.

Em primeiro lugar, a quantia paga a título de *punitive damages* deve ser destinada à própria vítima. Nesta hipótese o objetivo é estimular o demandante através de uma recompensa, uma vez que este não protegeu só seus direitos e interesses particulares, mas também agiu em benefício de toda a coletividade.

Em segundo lugar, pode ainda o montante pago a título de *punitive damages* ser destinado a um fundo público que seria gerido por um gestor, tendo por finalidade reconstituir os bens e interesses dos lesados, mitigando os argumentos da parcela doutrinária que afirmam que os *punitive damages* fomenta a litigância frívola, bem como elimina a possibilidade do magistrado moderar o valor da condenação dos *punitive damages*.

Por fim, após analisar as duas possibilidades acima indicadas, entendeu-se que ambas são viáveis e compatíveis para adoção dos *punitive damages* ao nosso ordenamento, não podendo arguir a ocorrência do enriquecimento sem causa da vítima. Não obstante, a primeira possibilidade, que prevê o integral recebimento dos valores pelo ofendido seria a melhor opção para o magistrado escolher, pela seguinte razão: incentivar o particular a demandar com objetivo não apenas de recompor seu patrimônio, mas, também, punir o lesante pela conduta ilícita praticada e dissuadi-lo de cometer novos ilícito, servindo de exemplo aos demais potenciais ofensores.

Firme em todas as razões apontadas nesta pesquisa, concluiu-se que é viável a aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento pátrio, sendo uma ferramenta necessária para efetivar as finalidades da responsabilidade civil, entendendo, ainda, que a melhor solução no que se refere a destinação do montante da condenação dos *punitive damages* é para a própria vítima.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Fundamentos Constitucionais da Responsabilidade Civil**. Revista Fórum de Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, n. 1, p. 189-195.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 188 e 240.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Indenização Punitiva**. Disponível em:
<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Publicado em 2008.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEST, Arthur; BARNES, David W.. ***Basic Tort Law: Cases, Statutes and Problems***. New York: Aspen Publishers, 2003.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa: Análise da Prática Jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

BORGES, Thiago Carvalho. **Danos Punitivos: Hipóteses de Aplicação no Direito Brasileiro**. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, v. 2, p. 433-452.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria dos Ilícitos Civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. **Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.127.484. Recorrente: Expresso de Prata Cargas Ltda.** Recorrido: Luiz Sidney Bozelli. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 23/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900982108&pv=010000000000&tp=51>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 183.508. Recorrente: Carlos Gustavo Santos Pinto Moreira**. Recorrido: os mesmos. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 10/06/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800556141&pv=010000000000&tp=51>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 334.827. Recorrente: Empresa de Comunicação Três Editorial Ltda.** Recorrido: Sais de Cor Confecções Ltda.. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. DJ 16/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100897605&pv=010000000000&tp=51>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 447.431**. Recorrente: Benjamin Cruz Neves. Recorrido: Banco Bandeirantes de Investimentos S/A. Relator: Min. Ari Pargendler. DJ 16/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200852318&pv=010000000000&tp=51>>

CALLEROS, Charles. ***Punitive Damages, Liquidated Damages and Clauses Pénales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and The French Civil Code***, in Brooklyn Journal of International Law, 2006, v. 32.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10^a Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, José Armando. **Relativa Independência da Instância Disciplinar**. Disponível em:

<http://www.sspds.ce.gov.br/miniPortal/file_bd?sql=FILE_DOWNLOAD_FIELD_ARQUIVO_DOWNLOAD¶metros=1428&extFile=pdf>. Disponível em: 21 de julho de 2008.

COSTA, Judith Costa; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** (*'Punitive Damages'* e o Direito Brasileiro), in Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 100, dez/2005, p. 262.

DA SILVA, Américo Luís Martins. **Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial do direito das obrigações (art. 927 a 965). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 359.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**, 2005, p.68.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito Civil**: Fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil. 2. Ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962, v. 5, p. 65.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.106.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: Individual e Coletiva. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. ***Punitive damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas***, in Revista Trimestral de Direito Civil, 2004, v. 18, abr/jun., p. 47.

_____. ***Punitive Damages em Sistema Civilista: Problemas e Perspectivas***. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2004, v. 18, p. 45-78.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 15 e 258

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, v.I, p. 439-400.

NORONHA, Fernando. **O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2003, v. 14, p. 53-78.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3ª Ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

OWEN, David, G.. ***A Punitive Damage Overview: Functions, Problems and Reform***. In: Villanova Law Review, 1994, v. 39, p. 374 e 410.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Fundamentos da Responsabilidade Civil e Criminal e a Aplicação**. Uberaba: W/S, 2012.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O Fundamento Jurídico do Dano Moral: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou *Punitive Damages*?. **Direito Civil: Princípios Jurídicos no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 255-266.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil Pela Prática de Atos Lícitos**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 731, p. 86-90.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; et al. ***Punitive Damages: How Juries Decide***. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2002.

ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003, pag. 68

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – Os *Punitive Damages* no Direito Comparado e Brasileiro**, Porto Alegre, Livraria do Advogado 2009, p. 84.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. Marcos Históricos Relevantes da História da Responsabilidade Civil. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DINNINI, Rogério Ferraz (coord.). **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E.; KELLY, Kathryn; PARLETT, David F. ***TORTS: Cases and Materials***. 9ª ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1994.