

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez
Germán Barreiro González
Gonçalo S. de Melo Bandeira
María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grandó
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva
Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO SISTEMA BRASILEIRO

*Danielle Portugal de Biazi*¹

Resumo: O estudo que se segue tem por objetivo a disciplina da indenização punitiva no direito brasileiro. Pontos nevrálgicos como a natureza da reparação por danos morais e o *quantum* indenizatório são estudados. A conceituação da indenização punitiva é trabalhada a fim de propiciar a correta diferenciação entre os sistemas *civil law* e *common law* no âmbito da responsabilidade civil. Por fim, analisou-se a perspectiva da implantação do modelo punitivo no Brasil, avaliando não apenas as doutrinas favoráveis, mas também a posição jurisprudencial e legislativa que possam afetar a aplicação da indenização punitiva, bem como a possibilidade de condenações voltadas à fundos públicos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização punitiva. Danos morais.

Abstract: The study that follows is intended to discipline the punitive damages in brazilian law. Hotspots as the nature of compensation for moral damages and the indemnity quantum are studied. The concept of punitive damages is built in order to provide the correct distinction between the civil law and common law systems in the field of civil liability. Finally, we analyzed the perspective of implementation of the punitive model in Brazil, assessing not only the favorable doctrines, but also the judicial and legislative position that may affect implementation of punitive damages, as well as the possibility of condemnations directed to public funds.

Keywords: liability, punitive damages, moral damage.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz um panorama geral do sistema de reparação civil por danos morais no Brasil e a inserção da ideia de indenização punitiva. A natureza mista dos danos imateriais acabou por permitir condenações em valores

¹ Advogada. Professora de Direito Civil na Fundação Educacional de Votuporanga – FEV. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharela em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

mais expressivos e eventual confusão do sistema com a ideia de *punitive damages*, muito praticada no direito norte-americano.

A pesquisa inicia-se com a discussão da natureza dos danos morais, permeando o desafio representado pela quantificação das indenizações, hoje fixadas por arbitramento dos magistrados. Em um segundo momento, cuida da conceituação da indenização punitiva nos Estados Unidos da América, notadamente para pontuar suas semelhanças e diferenças com a natureza compensatória e punitiva existente no sistema *civil law*.

Por fim, parte-se para as teses defensoras da aplicação dos *punitive damages* no Brasil, com análise do panorama jurisprudencial e os entraves que a lacuna legislativa pode oferecer para a implantação do sistema de indenização punitiva em países de cultura jurídica romano-germânica.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho se propõe a trazer os principais questionamentos envolvendo os conhecidos danos morais punitivos.

2 NATUREZA DOS DANOS IMATERIAIS

Embora seja incontroversa, a reparação por dano moral ainda é debatida quanto à sua natureza. Em que pese haver grande aceitação com o termo indenização por danos materiais, é notório que a pena pecuniária nos danos extrapatrimoniais vai muito além de mero ressarcimento, atingindo, antes de tudo, caráter compensatório. Daí, como se verá adiante, parte da doutrina compreende que os danos materiais são ressarcidos, enquanto os danos morais são compensados.

Ocorre que, paralelamente a este posicionamento, existe corrente doutrinária que prega uma natureza compensatória e também punitiva, ou ainda, apenas punitiva para os danos imateriais. Esta controvérsia tem gerado, em primeiro plano, uma mitigação da tradição civilista, na qual a responsabilidade civil visa reparar o dano; em segundo, tem trazido para o *civil law* conceitos importados do *common law*, quais sejam, as penas privadas no âmbito da responsabilização civil.

De maneira geral, a doutrina tem classificado a natureza satisfativa e compensatória quase sinônimos.² É de reconhecimento amplo que o sistema de reparação de dano moral afasta-se da ideia de *pretium doloris*, para cumprir muito mais uma compensação, que se dá através de um pagamento em pecúnia capaz de propiciar prazeres e distrações.

Alguns estudiosos, entre eles Roberto Brebbia, trabalham pela diferença entre as naturezas satisfatória, compensatória, acrescentando ainda a punitiva, que será trabalhada adiante³. O doutrinador argumenta que, no dano moral, caberá apenas a natureza satisfativa, isto é, decorrente da substituição da dor pelo

² ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 155.

³ BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**. Córdoba: Librería y Editorial Orbir, 1967. p 69-70.

prazer, e não a compensatória, afeita à prestação pecuniária equivalente, situação que não ocorre quando há danos extrapatrimoniais.

Também é possível encontrar posicionamento de que o dano moral comportaria natureza exclusivamente compensatória, posição extraída, por exemplo, do estudo de Wilson Melo da Silva. Para o autor, a simples satisfação inutilizaria a avaliação da extensão do dano, bastando uma indenização simbólica⁴.

De toda forma, este trabalho tratará como sinônimas as expressões satisfatória e compensatória, respeitando o posicionamento atual da doutrina e jurisprudência nacionais. Assim, compreende-se que, apesar de o *quantum* fixado como valor indenizatório não reparar integralmente o dano sofrido, ele será capaz de amenizá-lo, compensando de alguma maneira o mal sofrido⁵.

Alguns autores, entre eles Georges Ripert, identificavam a indenização por dano moral puro como de natureza punitiva ou pena privada. Assim, entendiam que a possibilidade de pensar em compensação beirava a imoralidade, posto que a pecúnia não consolaria sentimentalmente a vítima.

Ripert entendia que o dano moral fazia surgir um desejo de vingança, tendo em vista a impossibilidade da restituição integral, tendo por natureza a necessidade de punir o lesante⁶. Sua ideia de indenização por dano moral sob forma de penalidade, contudo, não prosperou em seu espectro mais puro, recebendo tratamentos mais brandos, aplicados em situações com peculiaridades bastante gravosas.

Este viés da reparação civil, bastante comum no direito estadunidense, representa nada mais que uma tentativa pedagógica ao desestímulo ou prevenção de fatos similares. Bittar, em criterioso trabalho, conclui que o montante indenizatório deverá representar advertência não apenas ao lesante, mas também à sociedade. A eventual exacerbação, assim, teria a função de colaborar com a preservação do respeito humano e consideração social⁷.

A natureza punitiva da reparação, também chamada pena privada, teria o condão de dar à indenização um valor impactante em casos excepcionais, o suficiente para servir de exemplo ao ofensor e à comunidade, a fim de reprimir a prática de condutas similares. Conclui-se que a indenização punitiva atingiria não apenas o *status* de pena privada, mas também de sistema preventivo.

Ao menos por ora, não há, no sistema brasileiro, regras que instituem o sistema punitivo e o regulamentem, ainda que seja aplicado timidamente em

⁴ SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 546-547.

⁵ Compreendem a natureza satisfatória ou compensatória do dano moral autores como Clayton Reis e Ramón Daniel Pizarro. Cf. REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 274. Cf. PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 87.

⁶ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 338.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 233.

situações nas quais o comportamento do ofensor apresenta-se extraordinariamente reprovável.

Prospera claramente no sistema brasileiro a tese mista, para a qual a indenização por danos morais cumpriria um papel duplo, de satisfação do lesado e de punição do ofensor.

Maria Helena Diniz também adota a tese mista, afirmando que a reparação por dano moral contém em si a função penal e satisfatória ou compensatória, constituindo, portanto, não apenas uma sanção civil, mas também um alento material⁸.

Enfim, parece que a tese híbrida ganhou força por realmente contar os fundamentos da reparação de maneira mais equilibrada, baseando-se na conclusão de que a condenação pecuniária vale-se duplamente da consideração do lesado e da sanção do lesante⁹.

3 *QUANTUM* RESSARCITÓRIO

Um dos argumentos significativos dos negativistas do dano moral restringia-se à difícil tarefa de quantificar o valor da lesão não patrimonial. Decidiu-se, como em outras matérias, que o ideal seria o arbitramento efetuado pelo próprio juiz da causa, ao analisar a extensão do dano, as condições do lesado e do lesante.

Fato é que, por um período, a questão enfrentou diversas interpretações, inclusive pelo tabelamento de indenizações, tal como se dava a previsão da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que limitava através do salário mínimo, o valor das indenizações. Com a Constituição de 1988, a fixação de teto para indenizações tornou-se defasada e inconstitucional, em defesa do princípio da igualdade, sem que profissionais da imprensa contassem com privilégio de limites às indenizações devidas, em detrimento dos demais cidadãos. Daí submeteram-se as ações de indenização por dano moral ao sistema do Código Civil.

O sistema civil brasileiro, na fixação do *quantum*, ainda se depara com a obediência a um princípio de que a indenização não poderá ser fonte de enriquecimento ou lucros. Com isso, o Judiciário enxerga que a indenização deverá pautar-se no razoável e proporcional, fugindo, na maioria das vezes, das condenações de elevado montante.

Dentre os critérios observados pelos magistrados e propostos pelos doutrinadores do Direito, encontram-se os seguintes: a proporcionalidade entre o grau de reprovabilidade da conduta e duração do sofrimento; a capacidade econômica das partes e eventuais circunstâncias particularizantes¹⁰.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 773-774. t. II.

¹⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103. Cf. CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219-222.

Segundo o sistema brasileiro, a indenização se medirá pela extensão do dano, o que resulta na importância de apreciação dos valores e características afetivas decorrentes da lesão. Evidentemente, caberá ao juízo ponderar o entorno das condições do caso concreto e o grau de sofrimento emocional acarretado. Observadas as questões subjetivas concernentes às lesões extrapatrimoniais, o arbitramento da condenação deverá conduzir a valor capaz de compensar a vítima, sem, contudo, causar demasiado sacrifício ao autor do dano¹¹.

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça tem sido favorável à aplicação de indenizações sob o manto da natureza mista da reparação por dano moral e aplicado os critérios supramencionados. Também se evidencia que, na ausência de um critério objetivo, o valor das indenizações por dano moral recaem em alta subjetividade. O sistema civilista, contudo, especificamente no Brasil, não tem tradição em altas condenações, pelo contrário, é assente o temor contra a chamada “indústria do dano moral”.

Ainda a respeito do arbitramento, compreende-se que parte da doutrina nacional resiste sobremaneira às condenações onerosas, comuns nos sistemas estrangeiros. Laboram neste sentido Sergio Cavaliere Filho¹² e Maria Helena Diniz,¹³ para os quais não caberiam condenações insuportáveis e injustas ao causador do dano, até mesmo se levado em consideração o contexto socioeconômico brasileiro. Esse é um dos principais desafios dos Tribunais pátrios.

Segundo o Ministro Sidnei Beneti, o arbitramento da indenização “*não é cálculo matemático. Impossível afastar certo subjetivismo*”¹⁴. O Ministro ainda assevera que o tipo de ocorrência, o grau de padecimento, as circunstâncias do fato e as consequências psicológicas são fatores importantes. Observa-se, realmente, que lesões a direitos existenciais têm uma tendência inequívoca na geração de indenizações mais vultosas.

As punições mencionadas nas decisões judiciais brasileiras que invocam a tese mista não se confundem com o a indenização punitiva, melhor analisada à frente. O que se observa, de qualquer modo, é que o Tribunal Superior rechaça a jurisprudência lotérica, que permite indenizações absolutamente díspares, em situações semelhantes, a fim de tornar a condenação a mais adequada possível sem estabelecer qualquer espécie de tarifação ou tabelamento, remetente ao período de vigência da Lei de Imprensa.

De outro lado, o legislativo brasileiro debate projetos de tarifação do dano moral com claro viés de evitar a banalização das indenizações, entre eles o projeto de Lei 334 de 2008 e o Projeto de Lei 114 de 2008, de autoria do Senador

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

¹⁴ STJ define parâmetros para arbitrar dano moral. Carta Forense. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/1882261/stj-define-parametros-para-arbitrar-dano-moral>>. Acesso em: 06 out. 2014.

Lobão Filho, que prevê a alteração do artigo 944 do Código Civil brasileiro para limitar as indenizações por danos morais ao valor de R\$ 20.000,00¹⁵. Segundo a justificativa do projeto, a intenção é evitar a aplicação da teoria do desestímulo, crescente na jurisprudência pátria, fixando a exclusiva natureza compensatória à indenização por danos imateriais.

A análise da jurisprudência, porém, demonstra que poucas indenizações configuram valores extraordinários, o que demonstra até mesmo um comportamento receoso do Poder Judiciário nas condenações por lesões extrapatrimoniais. Portanto, ainda que a intenção esposada pelas propostas legislativas seja o aumento da segurança jurídica, também é certo que restringir as possibilidades de aplicação do dano moral poderá afetar o princípio da reparação integral.

4 *PUNITIVE DAMAGES NO CONTEXTO DO COMMON LAW*

Segundo o Black's Law Dictionary, em tradução livre, os *punitive damages* são conceituados como uma “indenização deferida em adição à indenização compensatória quando ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”¹⁶.

André Gustavo Correa de Andrade, por seu turno, defende que os *punitive damages* constituem “uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos **compensatory damages**, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão”¹⁷.

Das acepções, esclarece-se que não se enquadrariam na indenização punitiva as condutas que, embora impróprias, não são especialmente reprováveis. Assim, danos decorrentes de ignorância, culpa simples ou engano estariam excluídas¹⁸ da incidência de indenizações punitivas. Maria Celina Bodin de Moraes reforça que “a indenização por **punitive damages** não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo”¹⁹.

Como já observado, a natureza punitiva não se confunde com a compensatória, também existente no direito norte-americano. No caso da indenização punitiva, é preciso que se ressalte dupla função ligada ao caráter sancionatório e preventivo, os quais servem como fator de desestímulo à reiteração da prática,

¹⁵ BRASIL. PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO, n. 114 de 2008. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=8441 Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁶ No original: “*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit*”. Cf. GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West, 2004. p. 448.

¹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195.

¹⁸ SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. **Punitive damages**. New York: Lexis, 2000. p. 20. v. 1.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 57.

salientada a dupla condenação, uma direcionada à punição e outra, de valor diverso, direcionada à compensação.

Infere-se basicamente que os *punitive damages* possuem algumas funções precípuas: punir, dissuadir, e, em segundo plano, atuariam no âmbito das relações de consumo de modo a inibir práticas atentatórias à boa-fé ou fraudulentas²⁰.

Não há nos Estados Unidos uma legislação federal regulamentando o tema²¹, portanto vale anotar o fato de que alguns Estados americanos não admitem *punitive damages*, entre eles Massachussets, Louisiana, Nebraska, New Hampshire, Washington e o território de Porto Rico²². De outro lado, há Estados que permitem a indenização punitiva em casos específicos, como Connecticut, onde se limitam às despesas com o litígio por parte da vítima do dano. Já em Michigan os *exemplary damages* são estabelecidos como forma de compensação adicional à vítima.

A assimetria de tratamento retratada impõe dificuldade no estabelecimento de limites doutrinários para a aplicação dos *punitive damages*.

Não há dúvidas de que os *punitive damages* encontram-se consagrados no direito norte-americano. Neste sentido, Paolo Gallo assevera que a indenização punitiva nos Estados Unidos conta com um “*notabilissimo florescimento e expansão*”²³. Os defensores do sistema pontuam que a aplicação da indenização punitiva nos moldes norte-americanos representaria um modo eficaz de corrigir casos de opressão e indignação através de soluções pacíficas chanceladas pelo Poder Judiciário.

Jerry Phillips afirma que a insuficiência da simples compensação é forte justificativa para a manutenção dos *punitive damages*, posto que os danos também alcançam, por exemplo, despesas com contratação de advogados e custas processuais²⁴.

O desenvolvimento avassalador da tese passou a gerar uma série de movimentos destinados a restringir a incidência dos *exemplary damages* no direi-

²⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 196.

²¹ Existem alguns estatutos, ou *statutes*, que regulamentam a aplicação de *punitive damages* em circunstâncias bastante específicas. Por exemplo, o *Equal Credit Opportunity Act* que limita a US\$10 mil as indenizações punitivas em casos de discriminação por raça, religião, cor, nacionalidade, sexo, estado civil ou idade; há também o *Fair Credit Reporting Act*, que limita o montante da indenização punitiva pela veiculação de notícias falaciosas por agências de crédito; por fim, vale mencionar o *Federal Tort Claims Act*, que exclui a hipótese de *punitive damages* contra o Governo Federal ou seus departamentos, em quaisquer circunstâncias. Cf. SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. **Punitive damages**. New York: Lexis, 2000. v. 1, p. 498-499.

²² MORAES, Maria Celina Bodin. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p.45-78, abr./ jun. 2004. p.57.

²³ No original: “*una notevolissima flutura ed espansione*”. GALLO, Paolo. **Pene Privatte e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 49.

²⁴ PHILLIPS, Jerry J. *et al.* **Tort law: cases, materials, problems**. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

to norte-americano, o que não se confunde com a limitação efetiva ocorrida no direito inglês. As mitigações propostas decorrem basicamente de questões constitucionais e da chamada *Tort Reform*.

No âmbito constitucional, os questionamentos levados à Suprema Corte Norte-Americana envolvem basicamente três aspectos: as multas excessivas, a observância do devido processo legal e a proibição de dupla condenação.

A tese desperta interesse por conter dois principais fundamentos. O primeiro releva o problema de punições duplas, considerando, por exemplo, as ocorridas na esfera criminal e civil; o segundo problematiza o fato de que, em circunstâncias cujo número de lesados seja maior que um, o ofensor seria condenado inúmeras vezes pela mesma conduta²⁵. Por ora, como mencionado, a questão se limita ao campo doutrinário.

Em se tratando de doutrina, cumpre salientar que existe uma corrente expressiva nos Estados Unidos que defende uma reforma do modelo dos *torts*, conhecida no *common law* por *tort reform movement*. Entre elas, é possível principalmente encontrar pleito pela abolição do instituto dos *punitive damages*, imposição de limites máximos para as indenizações, destinação das condenações a fundos públicos e exclusão da competência pelo corpo de jurados. Tais proposições advêm, basicamente, de duas grandes preocupações: a confusão que os *punitive damages* podem causar entre Direito Penal e Civil; bem como a perda de controle sobre os valores das indenizações, ou seja, condenações milionárias e sucessivas que podem ocasionar falência do demandado, de modo que a punição de um ato ilícito gere outro prejuízo. A corrente abolicionista entende que funções punitivas aplicadas às indenizações representam um retrocesso.

Em um segundo plano, menos radicalista que a abolição dos *punitive damages*, encontra-se a tese da limitação das condenações. De acordo com ela, seria necessária a criação de critérios para a fixação do *quantum debeatur*, com limites mínimos e máximos²⁶. A medida foi acolhida por Tribunais no caso *BMW of North America v. Gore*, no qual a Suprema Corte observou a razoabilidade entre os *compensatory* e os *punitive damages*. William Lovett afirma que em pelo menos vinte e uma das unidades federativas dos Estados Unidos já existem limitações à indenização punitiva, expostas pelo ordenamento jurídico²⁷.

²⁵ URSO, Elena. Recenti Sviluppi nella giurisprudenza Stadunidense e Inglese in matéria di punitive damages: i casi TXO Production Corporation v. Alliances Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd. *Rivista di Diritto Civile*. CEDAM, v. 41, n. 1, p. 81-156, genn. febr, 1995.p.102.

²⁶ Para críticos da tese, como David Owen, em tradução livre, “tais medidas restritivas, por sua própria natureza, restringem a flexibilidade de que dispõem os julgados para atingir o grau ótimo de Justiça, dimensionando a punição para se adequar ao ilícito e ao lesante no caso concreto”. No original: “such approaches by their very nature simultaneously deprive the decision-maker of the flexibility of achieving optimal justice in particular cases by tailoring the punishment to fit the particular wrongdoer and the particular crime”. Cf. OWEN, David G. A Punitive Damages overview: functions, problems and a reform. *Villanova Law Review*. Villanova, v. 39, n. 2, p. 364-413, 1994. p. 409.

²⁷ LOVETT, William A. Exxon Valdez, Punitive damages and tort reform. *Tort Trial & Insurance practice Law Journal*. v. 38, n. 4, p. 1071-1128, summer 2003. p. 1107.

A destinação das indenizações punitivas é outra proposta ligada especialmente ao enriquecimento indevido. A preocupação da doutrina, é que a vítima passe a crer que a ocorrência de um ilícito seja sinônima de enriquecimento. Remeter o montante a um fundo público, permitiria que o dano fosse compensado, igualmente, que fossem obtidos os efeitos dissuasório e punitivo²⁸.

Por fim, a última proposta do movimento reformista a ser comentada é a modificação da competência do corpo de jurados para o caso dos *exemplary damages*. Sabe-se que os vereditos de um corpo de jurados guardam consigo forte carga emocional e pouca técnica. Por outro lado, defensores da manutenção do corpo de jurados entendem que a Suprema Corte já estabeleceu instrumentos para o combate à eventual parcialidade do júri.

5 DEFESA DA TESE NO BRASIL: INSUFICIÊNCIA DA FUNÇÃO REPARADORA

Um dos primeiros trabalhos destinados exclusivamente ao tema e defensor ferrenho da aplicação dos *punitive damages* em solo pátrio é encabeçado por André Gustavo Corrêa de Andrade²⁹. Segundo o autor, esta espécie de solução, mais do que interessante, seria necessária para o deslinde de determinados conflitos. Andrade ainda argumenta que a indenização punitiva representaria uma mudança de paradigma na responsabilidade civil, pois a pena seria um relevante fator de intimidação, superando outras medidas,

Igualmente, o italiano Enrico Moscati revela afeição pela aplicação dos *punitive damages* no sistema romano-germânico, afirmando que não há instrumento mais eficaz quando a simples reparação mostra que é insuficiente para conter o autor do dano³⁰. Ou seja, a condenação com caráter meramente compensatório, muitas vezes, não impede que o autor da ofensa obtenha lucro com o ato ilícito.

Entre os defensores, os argumentos não se esgotam na insuficiência da função reparadora. Há uma tendência em fundamentar a aplicabilidade da indenização punitiva para concretização dos direitos fundamentais e da dignidade humana³¹. Daí seria dispensável a previsão infraconstitucional, por força das já existentes previsões constitucionais, tais como artigos 1º, inciso III e 5º, incisos V e X, todos da Constituição Federal Brasileira.

²⁸ ROBREDO, Goretí Vadillo. Daños punitivos em el Proceso Civil Norteamericano. **Revista de la Universidad de Deusto**, v. 57, fascículo 97, p. 176-212. jul-dic. 1996. p. 203.

²⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 230-232.

³⁰ MOSCATI, Enrico. **Le pene private: fonti legali e fonti private dele obbligazioni**. Milano: Cedam, 1999. p. 349.

³¹ 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; ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Segundo Andrade³², algumas funções que seriam desempenhadas pela indenização punitiva seriam: eliminação do lucro ilícito; preservação da liberdade contratual; manutenção do equilíbrio das relações de consumo; defesa de contratantes em posição de inferioridade;

Ainda no enfoque constitucional, há quem sustente³³ que o preâmbulo da Carta Magna de 1988, por si só, permite a aplicação de indenizações punitivas no direito brasileiro, a fim de que se contemple a realização da plena justiça.

Em tramitação no Senado brasileiro, o projeto de Lei 6960/2002, cuja autoria é do Deputado Federal Ricardo Fiúza, entre outras reformas, pretendia a inserção de um parágrafo no artigo 944, do Código Civil com a seguinte redação: “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. A proposta foi rejeitada.

Na busca por soluções, a despeito da inexistência normativa, surgem alternativas várias. Mário Moacyr Porto, por exemplo, sugere a cumulação de indenização e *astreintes* em casos de descumprimento de ordem judicial³⁴. Há ainda a tese de que, permitindo o artigo 944 a redução equitativa da indenização, caberia o raciocínio contrário *sensu*, ou seja, havendo malícia, fraude, negligência grosseira ou dolo, poderia também o magistrado aumentar a condenação em uma espécie de interpretação extensiva.³⁵

Os apreciadores da inserção da indenização punitiva no Brasil soerguem o fato de que o sistema atual é incapaz de prevenir condutas moralmente reprováveis.

É possível observar que grandes empresas e conglomerados econômicos desenvolveram técnicas, as quais, a despeito de serem lícitas, transferem risco da atividade, o que não lhes faz sentir o peso das condenações por dano moral. Não são raros os seguros de responsabilidade, tampouco a instituição de fundos para custear a reparação civil.

³² ANDRADE, *op. cit.*, p. 261-277.

³³ A autora cita o seguinte trecho do preâmbulo: “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com solução pacífica das controvérsias”. Cf. BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. **Danos punitivos**: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos. 2012. 222 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. p. 191.

³⁴ PORTO, Mario Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 174.

³⁵ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 71-71. Anderson Schreiber, em sentido contrário, afirma que “A única exceção ao art. 944 está em seu parágrafo único e vai no sentido da redução equitativa da indenização, quando houver ‘excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’. Neste particular, é inevitável concluir que, tendo previsto expressamente apenas a possibilidade de redução, e não a de aumento, o novo Código Civil repeliu a ideia da indenização punitiva”. Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 212.

A questão que se abate seria se, nas lesões extrapatrimoniais, a devolução ao *status quo* constituiria uma abstração inatingível, o que revela a insuficiência da simples reparação. De outro modo, pensar em uma punição restrita ao âmbito administrativo ou penal não traria a devida eficácia, posto que a tipicidade necessária nos referidos âmbitos não permitiria um alcance suficiente das milhares de hipóteses ligadas à lesão aos direitos da personalidade.

Por ser o Direito Civil mais afeito às cláusulas gerais, seria possível a mitigação da legalidade restrita para abertura de possibilidade de inserção da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro³⁶.

No âmbito do Direito Administrativo, as sanções se limitam aos direitos coletivos, o que atravança a discussão e exigiria a superação das lacunas do Direito Civil³⁷. Argumenta, nesse aspecto, André Gustavo Correa de Andrade: “*Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções*”³⁸.

A italiana Maria Grazia Baratella entende que a técnica sancionatória no direito civil, além de suprir as lacunas do Direito Penal e Administrativo, opera de modo simples, porquanto seja medida judicial tomada pela própria vítima, que, por sua vez, exerceria uma política repressiva de ampla repercussão³⁹.

Em síntese, o que pretendem os entusiastas das penas privadas é a possibilidade de acrescentar valores à indenização compensatória, de forma que o ofensor seja desestimulado na manutenção de referida conduta. Para tanto, seria necessário que o ordenamento jurídico pátrio apresentasse mecanismos.

Como observado, alguns estudiosos entendem que a própria Constituição Federal permitiria a imposição de indenizações punitivas, contudo, a proposta de reforma legislativa foi refugada e ainda há entraves representados pelo artigo 944, do Código Civil, como se observará à frente.

6 APLICAÇÃO ATUAL

Ao analisar as funções da reparação civil extrapatrimonial, restou claro que grande parte da doutrina advoga pela inserção da função punitiva. Isso, contudo, não torna a indenização no Brasil similar aos *punitive damages* estabelecidos pelo direito norte-americano. No sistema estadunidense, a indenização punitiva não é somada à indenização compensatória, daí observa-se que são dois montantes distintos. No brasileiro, a prática é incomum: de modo geral, atribui-

³⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 164.

³⁷ *Ibidem*, p. 165.

³⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 234.

³⁹ BARATELLA, Maria Grazia. **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 2006. p. 216.

se um único valor, sob o fundamento de que nele está contido o caráter punitivo-pedagógico.

As dificuldades não se limitam a isso e avançam à problemática dos critérios de quantificação. Segundo Antônio Junqueira Azevedo:

*Certamente uma das grandes dificuldades para essa não-conclusão dos juristas brasileiros foi a falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade civil por danos morais, ou seja, sobre se a indenização constitua somente uma espécie de compensação por sofrimentos psíquicos e lesões a direitos da personalidade, inclusive de pessoas jurídicas. Ou se devia também incluir um plus, os chamados **punitive damages**⁴⁰.*

A maneira como os Tribunais vêm se comportando diante das referidas funções ou fundamentos da responsabilidade civil por dano moral torna a jurisprudência fonte inesgotável de teses. A ausência de regulamentação e uniformidade, todavia, tem contribuído com certa insegurança jurídica, que aos poucos vem sendo combatida pelo Superior Tribunal de Justiça, nas reformas de valores ínfimos ou extraordinários⁴¹.

O fato de reconhecer a função punitiva não garante indenizações supervalorizadas, contudo, de modo geral, proporciona uma elevação no *quantum* arbitrado.

Interessante analisar Ação de Reparação de Danos por cobrança abusiva, que tramitou na Comarca de Passo Fundo, estado do Rio Grande do Sul, na qual a magistrada de 1ª Instância aplicou o instituto dos *punitive damages* exatamente como no sistema norte-americano. A sentença condenou a empresa requerida a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais e a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização punitiva⁴².

A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através da 10ª Câmara Cível a fim de excluir a indenização punitiva da condenação⁴³. O Tribunal parece reconhecer a possibilidade de condenação em *punitive damages*, desde que o pedido tenha sido efetuado pela parte interessada. Não poderia o julgador, por seu livre-arbítrio, estipular condenação não requerida pelo demandante.

Em raríssimas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça cuidou da expressão *punitive damages*, contudo o posicionamento não foi otimista. Em

⁴⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Wagner; COSTA, Luiz Guilherme da; GONÇALVES, Renato Afonso. (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 211.

⁴¹ O tema foi trabalhado no Capítulo 3, especialmente item 3.4.

⁴² Processo 1.11.0015236-0 – 1º Juizado da 4ª Vara Cível. Juíza prolatora Luciana Bertoni Tieppo.

⁴³ TJ-RS – AC: 70053971388/RS – 12ª Câmara Cível – Rel. Paulo Roberto Lessa Franz – j. em 25.04.2013 – DJ 20.05.2013

acórdão publicado em maio de 2014, que versa sobre responsabilidade civil por dano ambiental, foi afastado o caráter punitivo da indenização. O acórdão tem importância ímpar e manifesta uma tendência pela não recepção do instituto no direito brasileiro, ao menos no que tange à responsabilização objetiva.⁴⁴ Seu relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, exteriorizou seu entendimento do seguinte modo:

*Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (**punitive damages**) – haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o **bis in idem** (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).*

A análise da jurisprudência brasileira bem retrata o imbróglgio existente em solo pátrio. Em que pese estar reconhecida pela doutrina a função mista da reparação civil, há certa confusão entre o instituto brasileiro e o norte-americano, posto que a aplicação de *punitive damages* não faz parte de um todo somado à condenação compensatória. Na origem, as condenações são distintas, conforme salientado alhures.

Existem atualmente alguns casos de condenações superiores que merecem um tratamento especial, porquanto, apesar de não separarem a condenação compensatória da punitiva, fixam valores de alta monta a fim de fortificar o caráter pedagógico-punitivo da indenização. O que se observa de imediato não é a força da tese contrária à aplicação dos danos morais em caráter punitivo, mas a dificuldade em estabelecê-los na realidade normativa existente no Brasil sem com isso representar uma ofensa ao enriquecimento indevido, tampouco ao artigo 944, que prevê que a indenização se dimensionará pela extensão do dano e não da culpa, o que será discutido adiante.

7 INDENIZAÇÃO PUNITIVA: LACUNA NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo consta do artigo 944, do Código Civil Brasileiro, “*A indenização mede-se pela extensão do dano*”. Daí parece surgir a conclusão de que graduações da culpa não foram tão consideradas pelo legislador brasileiro ao tratar da responsabilidade civil⁴⁵. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal, contudo, prevê a possibilidade de redução do valor da indenização, quando desproporcionais à gravidade da culpa e o dano. Da leitura completa do artigo de lei,

⁴⁴ STJ – REsp. 1354536/SE 2012/0246647-8 – 2ª Seção – Rel. Ministro Luis Felipe Salomão – j. em 26.03.2014, S2 – 05.05.2014.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 22.

portanto, é possível depreender a admissão da graduação da culpa na responsabilidade civil brasileira.

Miguel Kfourri Neto, ao tratar dos graus da culpa, entende que o arbítrio do juiz depende da avaliação subjetiva da conduta do autor do dano. Nesta medida, segundo avalia o autor, o artigo 944 estabelece premissas de equidade na tentativa de redução da indenização⁴⁶.

Kfourri Neto não faz nenhuma menção à majoração da indenização por força do artigo 944, do Código Civil, cuidando apenas da redução. Menciona que o juiz, desde logo, deve estabelecer quatro fases no arbitramento da indenização: avalia a existência da culpa, estabelece os direitos violados, identifica o grau de culpa e indica fundamentadamente o percentual da indenização⁴⁷.

A apreciação do grau da culpa não representa benefício ao lesante por representar redução, mas apenas a busca do legislador por uma solução mais justa aos casos de reparação de danos e que incida sobre todos os âmbitos, ou seja, danos materiais e morais. Disso, conclui-se que a lei civil não ampararia a indenização punitiva, restringindo-se ao arbitramento por equidade.

Para que seja possível pensar em caráter punitivo do dano moral, especialmente se este for fundamentado na teoria dos *punitive damages*, é indispensável a existência de uma legislação, com parâmetro capazes de limitar a discricionariedade do juiz e a punição indiscriminada no âmbito da tutela dos direitos extrapatrimoniais. De outro modo, o instituto não seria levado a sério.

De fato, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal Brasileira estabelece o princípio da legalidade, o que traz uma dificuldade na aplicação dos *punitive damages*. Permitir que a condenação seja híbrida, de caráter punitivo e compensatório, parece afastar o problema. Não resolve, porém, o impasse de que a técnica americana foi importada pelo Brasil de modo genérico, onde se abandonaram, no meio do percurso, seus principais fundamentos: tal qual é aplicada a função punitiva no sistema pátrio, impossibilita-se o alcance de suas finalidades de inibir condutas similares futuramente e punir o ofensor.

Esta ausência de efeitos é percebida, por exemplo, no desapareço do consumidor pelos grandes grupos econômicos e suas sucessivas faltas geradoras de inúmeras condenações tanto nas instâncias inferiores como na via extraordinária. A inércia legislativa propicia, conseqüentemente, um ativismo judicial.

A inexistência de previsão legislativa, para alguns autores, no entanto, não implica impossibilidade de instituição do sistema punitivo no Brasil, já que função punitiva, assim como aplicada pelos Tribunais, é reconhecida pela ampla maioria dos doutrinadores. Problemático é o montante necessário para que se produzam os efeitos perseguidos, pois as indenizações no Brasil são ainda módicas e a função punitiva passa despercebida ao condenado.

⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 839. n. 582, p. 47-60, set. 2005. p. 54.

⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 52.

Ainda que autores elenquem princípios constitucionais autorizadores⁴⁸, a lacuna legal causa temeridade pela excessiva discricionariedade delegada aos magistrados. Defensores da importação da indenização punitiva julgam a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro uma excelente forma de inserir a pena privada sem que haja legislação específica⁴⁹.

A tentativa do Deputado Federal Ricardo Fiúza, que apresentou projeto de lei, posteriormente arquivado, para a regulamentação da questão através do artigo 944, do Código Civil, e para a inserção do caráter pedagógico à condenação por danos morais não foi a única. Ainda no período de sanção do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 16, então vetado, cuidava do aspecto punitivo da reparação.

Em oposição à cominação de penalidades na atual conjuntura legislativa, Humberto Theodoro Junior argumenta que eventuais sanções em matéria de responsabilidade, quando existem, são por vontade do legislador e não produto da discricionariedade do juiz no julgamento da ação⁵⁰. Confirmando este posicionamento, José Ignácio Botelho de Mesquita alega que permitir pena privada a critério do juiz seria permitir uma pena *ad hoc*, inadmissível no direito pátrio. Não caberia ao magistrado o estabelecimento dos limites da condenação, pois a graduação de indenização deve se balizar pelos fins que lhe são próprios e sob os certames legais⁵¹.

Para a necessária regulamentação, deverão ser transpostos ainda dois obstáculos legais: a proibição do enriquecimento sem causa e destinação das indenizações.

8 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Outra matéria controversa da aplicação dos *punitive damages* no sistema *civil law* e especialmente no sistema brasileiro é o enriquecimento sem

⁴⁸ Segundo Raquel Grellet Pereira Bernardi, a Constituição Federal possui princípios e fundamentos suficientes para a adoção da função punitiva, entre eles, a dignidade humana, especialmente ofendida através da lesão aos direitos de personalidade. Aduz a autora que, “*para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade, impõe-se o emprego não apenas ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para o alcance desse desiderato*”. Afirma ainda que as leis penais não abarcam todas as formas de atentado à direitos da personalidade. Cf. BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. **Danos punitivos**: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos. 2012. 222 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. p. 191-193.

⁴⁹ CASTRO, Ana Paula de. **A indenização punitiva na tutela coletiva**. 2012. 193 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2012. p. 85.

⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 52.

⁵¹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **O dano moral na Lei de Imprensa**. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: RT, 2007. p. 229.

causa. A redação do artigo 884, do Código Civil Brasileiro, o regulamenta, *in verbis*: “**Art. 884.** *Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*”.

De acordo com o Enunciado n. 35, da I Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho de Justiça Federal, “*a expressão se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento*”. Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho adverte que “*Na maioria das vezes, o enriquecimento sem causa faz-se acompanhar do empobrecimento de algum sujeito de direito, mas não é este um elemento essencial do instituto*”⁵².

Se mantida a ideia de que, para o arbitramento da condenação, o magistrado deverá pensar na compensação dos prejuízos sofridos e no desestímulo do ofensor e da sociedade na repetição do ato ilícito, é evidente que poderá ser frequente o desequilíbrio entre a condição patrimonial preexistente da vítima e a condenação do lesante.

Esbarra-se, assim, em dois problemas. O primeiro deles é que o patrimônio da vítima fatalmente aumentará e o segundo é que, mesmo a condenação significativa para quem possui poder econômico, pode não representar um fator de desestímulo. A anomalia da destinação da indenização punitiva à vítima foi criada pelo próprio sistema anglo-saxão, que atualmente tem revisto seu conceito e cada vez mais destina tais valores a fundos específicos e ao Tesouro Nacional.

Miguel Kfoury Neto repudia o chamado “preço do desestímulo”. O autor argumenta que a parcela a mais não guarda qualquer relação com o dano sofrido, nem material, nem extrapatrimonialmente⁵³. Para o autor, mais do que enriquecimento sem causa, estimular a ideia de punição seria o mesmo que romper com o comando do artigo 944, *caput* do Código Civil.

Uma vez que, no Brasil, não há separação entre as condenações, é comum os magistrados apresentarem um valor total e discorrerem sobre sua dupla função, ou seja, a vítima estaria recebendo mais do que a reparação do dano, por sua vez, enriquecendo sem justa causa. Giovanni Ettore Nanni, apoiando-se nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, afirma que a reparação civil não deve se tornar fonte de locupletamento pelo indenizado: assim como o montante não poderá ser inferior ao prejuízo, também não pode ser superior, de modo a tornar a teoria das perdas e danos em fonte de enriquecimento⁵⁴.

Conforme os defensores da aplicação da indenização punitiva, os argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência de que este acréscimo geraria enriquecimento são redundantes, na medida em que, havendo uma decisão judi-

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: obrigações: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 243.

⁵³ KFOURY NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 839. n. 582, p. 47-60, set. 2005. p. 54.

⁵⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 331.

cial fundamentada, o enriquecimento passa a ter uma causa automaticamente⁵⁵. Em segundo lugar, permitir que se estabeleça um percentual punitivo no cálculo do dano e fundamentar que este valor não pode causar enriquecimento é uma tentativa de conciliar o inconciliável⁵⁶.

Uma das soluções encontradas diante das críticas ao pagamento de indenizações punitivas no direito brasileiro estaria vinculada à destinação do *quantum*. Alguns estudiosos propõem que o pagamento do valor a título de punição se dê não à vítima, mas a entidades de fins sociais.

Além da destinação para fundos específicos, alguns tribunais representativos do sistema civilista buscam soluções diversas tal qual o direito francês, que, vez ou outra, determinam a publicidade do conteúdo de decisões judiciais em meios de comunicação ou sua publicação em jornais, prestação de serviços à comunidade e imposição de *astreintes*⁵⁷.

Com fulcro nestes novos parâmetros, a doutrina tem incentivado a destinação de condenações em danos morais a entidades com fins beneficentes e sociais, como modo de atender à solidariedade, à justiça distributiva e até mesmo à dignidade humana⁵⁸.

A questão do enriquecimento sem causa trazida pelo artigo 884, do Código Civil brasileiro, também presente nos demais países cuja tradição é civilista, traz uma problemática invariável na aplicação da indenização punitiva, cuja solução foi encontrada exatamente na possibilidade de desviar tais valores do caminho da vítima.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, para que seja admitida a função punitiva, o valor da indenização não poderia ser entregue em sua totalidade à vítima do dano. Segundo ela, o depósito das condenações em fundos seria o ideal⁵⁹.

Diversa questão diz respeito à necessidade de legislação para que o juiz destine as verbas oriundas de indenizações punitivas, caso possíveis, a entidades de fins sociais. Em pesquisa sobre o tema, Renata Chade Cattini Maluf reitera a necessidade de reversão dos valores em favor da sociedade, quando aplicado o aspecto punitivo, por compreender que este excesso representaria um desequilíbrio social⁶⁰.

⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. II, p. 844.

⁵⁶ SANTOS JUNIOR, Adalmo. Indenização punitiva em danos patrimoniais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.30, p. 9-38, abr./jun. 2007. p.44.

⁵⁷ CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dan sa fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 1995. p. 27-28.

⁵⁸ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda Sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 26, n. 275, p. 105-134, abr. 2006. p. 118.

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

⁶⁰ Recentemente, a 6ª Vara Cível da Justiça Federal condenou a União, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Infraero e outras seis empresas de transporte aéreo, em ação civil pública, ao

Alguns casos na jurisprudência brasileira merecem destaque. Um deles seria a condenação do plano de saúde AMIL em R\$1 milhão a título de indenização punitiva, destinando a verba ao Hospital das Clínicas de São Paulo. Conforme a ementa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão da Apelação Cível 027158-41.2010.8.26.0564, relatado pelo Desembargado Teixeira Leite.

Segundo o teor do acórdão, a recusa do plano de saúde em negar vigência ao contrato é dano social merecedor de indenização punitiva por constituir prática reiterada, para a qual as constantes condenações minguadas não têm surtido efeito na mudança de conduta.

O caso retrata a aplicação da indenização punitiva conforme se depreende do direito norte-americano e não recai na problemática do enriquecimento sem causa. As condenações foram determinadas separadamente, de modo que o autor da lide, em demanda individual, recebeu a compensação pelos danos morais, enquanto a pena privada ficou reservada ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

Outro caso de grande repercussão no estado de São Paulo ocorreu na comarca de Jales, na qual o Juiz Fernando Antônio de Lima condenou a empresa de telefonia TIM ao pagamento de R\$5 milhões, os quais deveriam ser destinados à Santa Casa de Jales e ao Hospital do Câncer de Jales⁶¹. A autora afirmava possuir plano cujas ligações possuíam valores fixos de R\$ 0,25 com duração indeterminada. Ocorre que, com o sinal fraco, as chamadas caíam com frequência e obrigavam a consumidora a repetir a ligação, pagando a tarifa mencionada a cada vez que a linha telefônica falhava.

O magistrado do Juizado Especial Cível da Comarca de Jales condenou a empresa TIM sob a mesma divisão apresentada no acórdão do TJSP, ou seja, repartindo a condenação em compensatória e punitiva. Os danos morais compensatórios foram fixados em R\$ 6 mil. Os fundamentos para a condenação em R\$5 milhões a título de indenização punitiva, destinados à Santa Casa de Misericórdia de Jales e ao Hospital do Câncer de Jales, foram a conduta reiterada da requerida e seu potencial econômico.

A condenação em indenização punitiva por danos sociais, todavia, é controversa. Em recentíssimo caso, o Ministro Luis Felipe Salomão declarou nulo acórdão reconhecendo a condenação em danos sociais de ofício. Em que

pagamento de R\$10 milhões, pelos danos e transtornos causados durante o apagão aéreo em 2006, quando inúmeros voos foram cancelados, passageiros ficaram horas sem acomodação ou qualquer assistência aguardando a solução do problema nos principais aeroportos brasileiros. A condenação deverá ser revertida a um fundo de reparação de danos causados à sociedade e coletivamente sofridos. Cf. MALUF, *op. cit.*, p. 190 e Cf. MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 26, n. 275, p.105-134, abr. 2006. p. 119.

⁶¹ Comarca de Jales/SP – Procedimento do Juizado Especial Cível – Processo 0005261-74.2013.8.26.0297

pese não se tratar de condenação milionária (R\$ 12 mil), o Ministro afirmou que há ausência de legitimidade da parte de pleitear direito da coletividade⁶².

Há, ainda, aqueles que defendem sanções administrativas como bons substitutivos à ideia de *punitive damages* na *civil law*. Anderson Schreiber assevera que multas e suspensões aplicadas por órgãos reguladores da atividade do ofensor teriam dupla vantagem, porquanto superariam a questão do enriquecimento sem causa e desestimulariam a conduta maliciosa⁶³.

Nelson Rosenvald, um dos grandes defensores de penas civis na responsabilidade civil, concorda com a tese de que a vítima não seria a beneficiária adequada para o recebimento da condenação em pecúnia quando dotada de caráter punitivo⁶⁴. Segundo o autor, a pena civil não faz parte do dano, pois decorre de um comportamento altamente reprovável do ofensor.

Do ponto de vista teórico, o italiano Paollo Gallo sugere que, quando houver danos difusos e numerosas vítimas, a condenação punitiva seria destinada ao estado ou aos fundos públicos⁶⁵; por outro lado, se a ofensa é destinada a uma vítima exclusiva (lesão aos direitos de personalidade), a indenização punitiva deverá a esta ser entregue⁶⁶.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema responsabilidade civil sempre permeou o estudo do Direito e as relações sociais, sendo certo que sua evolução buscou o afastamento da ideia de vingança pessoal e visou à reparação integral. Neste trabalho, propuseram-se a apresentação dos principais aspectos ligados ao tema no modelo brasileiro e a comparação das características da *civil law* com as do sistema *common law*.

Nos países que adotam a teoria romano-germânica, o conteúdo fundamental da responsabilidade civil guarda relação com o ato de indenizar, cujo sentido remete a tornar indene, ileso, sem qualquer dano, representando, assim, o real sentido do tema no sistema civilista.

O dano se posiciona como elemento essencial, assim reconhecido, inclusive, pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 944, *in verbis*, “A indeniza-

⁶² STJ – Reclamação 13.023/GO – Decisão Monocrática – Min. Luis Felipe Salomão – 15.10.2014.

⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 215.

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.195.

⁶⁵ GALLO, Paolo. **Pene Privatte e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 203-204.

⁶⁶ Nelson Rosenvald argumenta que nos Estados Unidos da America, tem-se iniciado um movimento para a repartição dos valores a título de punitive ou exemplary damages entre vítima e Estado, a depender do caso concreto. Tal posição evitaria os ganhos excessivos da vítima; limitaria o número de processos e funcionaria como um modo de aumentar a receita do Estado (*revenue raising measure*). Cf. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199.

ção mede-se pela extensão do dano...”. Assim, a culpa vem como elemento secundário na fixação do quantum indenizatório.

Os *punitive damages*, ou a indenização punitiva, no sistema nacional, têm sido aplicados dentro da condenação por danos morais, em um todo unitário. Ou seja, diferentemente do que ocorre no sistema norte-americano, não há uma separação entre os valores meramente compensatórios e os valores punitivos. Esta posição se sustenta no Brasil devido à tese de natureza mista da reparação por dano moral.

Compreende-se que a defasagem do sistema de reparação brasileiro tenha gerado uma ânsia por um método de responsabilidade civil que também surta efeitos em ofensores de grande porte econômico, contudo, mesclar em uma única condenação satisfação e punição representa ofensa direta aos artigos 944 e 884 do Código Civil.

As razões pelas quais os *punitive damages* não devem ser implantados no sistema atual são basicamente três: não permitir que indenizações sejam fontes de lucros (loteria forense); não permitir a insegurança jurídica decorrente da imprevisibilidade das condenações; e inibir a mercantilização das relações existenciais.

Sem legislação própria que regulamente a incidência de *punitive damages* no ordenamento brasileiro, restaria violado o artigo 944 do Código Civil, que determina os limites da condenação pela análise do dano, permitindo alterações apenas e tão somente para fins de minoração da condenação. Sendo o parágrafo único representante de ordem excepcional, deve ser interpretado com a devida restrição, não cabendo interpretação *contrario sensu*, ou seja, que permitisse também a majoração do valor arbitrado a título de danos morais, como já mencionado.

Por fim, permitir que valores superiores ao dano efetivamente sofrido componham patrimônio da vítima representa violação direta à proibição de enriquecimento sem causa. Ademais, é inegável que o descontrole sobre a situação abriria perigoso precedente a ponto de se tornar uma vantagem à vítima de um dano moral, posto que a reparação também seria fonte de lucro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Wagner; COSTA, Luiz Guilherme da; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARATELLA, Maria Grazia. **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 2006.
- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. **Danos punitivos: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos**. 2012. 222 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2012.

- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **O dano moral na Lei de Imprensa**. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: RT, 2007.
- BREBBRIA, Roberto H. **El daño moral**. Cordoba: Librería y Editorial Orbir, 1967.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2003.
- CASTRO, Ana Paula de. **A indenização punitiva na tutela coletiva**. 2012. 193 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. I e II.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALLO, Paolo. **Pene Privatte e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.
- GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West, 2004.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 839. n. 582, p. 47-60, set. 2005.
- LOVETT, William A. Exxon Valdez, Punitive damages and tort reform. **Tort Trial & Insurance practice Law Journal**, v. 38, n. 4, p. 1071-1128, summer 2003.
- MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. 2004. 217 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.
- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda Sobre a função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 26, n. 275, p.105-134, abr. 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p.45-78, abr./jun. 2004.
- MOSCATI, Enrico. **Le pene private: fonti legali e fonti private dele obbligazioni**. Milano: Cedam, 1999.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OWEN, David G. A Punitive Damages overview: functions, problems and a reform. **Villanova Law Review**, Villanova, v. 39, n. 2, p. 364-413, 1994.
- PHILLIPS, Jerry J. *et al.* **Tort law: cases, materials, problems**. New Jersey: LexisNexis, 2006.
- PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- PORTO, Mario Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROBREDO, Goretti Vadillo. Daños punitivos em el Proceso Civil Norteamericano. **Revista de la Universidad de Deusto**, v. 57, fascículo 97, p. 176-212. Jul./dic. 1996.
- ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS JUNIOR, Adalmo. Indenização punitiva em danos patrimoniais. **Revista de Direito privado**, São Paulo, v. 30, p. 9-38, abr./jun. 2007.

SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. **Punitive damages**. New York: Lexis, 2000. v. 1.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

URSO, Elena. Recenti Sviluppi nella giurisprudenza Stadunidense e Inglese in matéria di punitive damages: i casi TXO Production Corporation v. Alliances Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd. **Rivista di Diritto Civile**, CEDAM, v. 41, n. 1, p. 81-156, genn. febr. 1995.

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.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

Artigos e palestras

STJ define parâmetros para arbitrar dano moral. **Carta Forense**, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/1882261/stj-define-parametros-para-arbitrar-dano-moral>>. Acesso em: 06 out. 2014.

Legislação

BRASIL. PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO, n. 114 de 2008. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=8441> Acesso em: 16 nov. 2014.