

# ADEQUAÇÃO E OPERATIVIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luana Ferreira Bernardes<sup>1</sup>

Keila Pacheco Ferreira<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise do escopo punitivo da responsabilidade civil introduzido pelo instituto dos *punitive damages*, também conhecido como indenização punitiva. Derivado da tradição anglo-saxã, o instituto caracteriza-se pela dúplici finalidade de punição e prevenção de condutas danosas ao se conceder à vítima montante indenizatório superior ao exigível para a mera compensação do dano sofrido, evidenciando o caráter exemplar da punição. Apesar de constituir modalidade indenizatória amplamente acolhida por doutrinas e jurisprudências de países oriundos da tradição anglo-saxã, a aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro ainda é controversa, tendo admissibilidade restrita às indenizações por danos morais. Assim, este trabalho explicita as prestações punitivas ou dissuasórias em situações que versam sobre direitos extrapatrimoniais e como elemento de função promocional dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como sua aplicabilidade em sede Direito Comparado.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; *punitive damages*; função punitiva; dano moral, danos extrapatrimoniais, Direito brasileiro; Direito anglo-saxão.

## ABSTRACT

This work is intended to analyze the scope of punitive liability introduced by Institute of *punitive damages*. The Institute derived from the Anglo-Saxon tradition characterized by the dual purpose of punishment and prevention of damages the legal assets to grant the victim compensation amount in excess of the values required for the mere compensation of the damage suffered, highlighting the exemplary character of punishment. Although widely accepted mode indemnity by doctrines and jurisprudence of countries from the Anglo-Saxon tradition, the application of punitive compensation in the Brazilian legal system is still contradictory, with claims for damages admissible restricted to off-balance-sheet. Thus, this labor spells out punitive or dissuasive benefits in situations that deal with balance-sheet rights and as promotional function element of fundamental rights by the Federal Constitution of 1988 (CF88), as well as its applicability in Comparative Law.

**Keywords:** Civil Liability; punitive damages; punitive function; moral damage; balance-sheet damage, Brazilian law; Anglo-Saxon law.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora do Programa Institucional de Bolsas e Iniciação Científica PIBIC/CNPq/UFU – anos 2010, 2011 e 2012. E-mail: luanabernardes13@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: keilapacheco@fadir.ufu.br.

## INTRODUÇÃO

A concepção tradicional de responsabilidade por longo tempo centralizou-se no escopo compensatório e ressarcitório da vítima, olvidando funções que declinassem atenção diretamente à conduta do autor do ilícito. Todavia, à luz do processo de constitucionalização das relações privadas verifica-se significativa mudança de paradigma no que tange às funções desempenhadas pela responsabilidade civil. Torna-se evidente, sobretudo em hipóteses de violação a direitos de personalidade, a necessidade de um modelo indenizatório cujas funções sejam mais amplas e efetivas para tutela jurisdicional.

A concepção clássica de responsabilização, fundamentada exclusivamente sob a finalidade reparatória, por vezes revelou sua insuficiência para cumprir os desideratos de reequilíbrio da situação rompida pela ocorrência do dano em situações nas quais a mera reparação não é satisfatória à vítima. Para tanto, a necessidade de redimensionar as funções da responsabilidade civil revelou-se essencial para garantir tutela jurisdicional efetiva diante de novos episódios de danos.

Sem excluir a tradicional função reparatória do prejuízo insurge o conceito de responsabilidade civil com arrimo em funções punitivo-pedagógicas, com o intento de infligir punição exemplar ao ofensor e desestimular práticas semelhantes. Assim, sob o bojo do instituto denominado *punitive damages*, desenvolve-se a concepção de indenização punitiva como derivada do princípio da dignidade humana. Justifica-se pela necessidade de proteger direitos cuja amplitude não é contemplada a contento pela função reparatória, tais como: direito à imagem, direito à honra, direito à intimidade.

A responsabilidade é concebida como um fenômeno social, na medida em que é balizada por uma regra elementar de manutenção de equilíbrio, pois impõe ao autor de uma ação/omissão que resulte em dano a outrem o dever de reparar ou compensar os prejuízos causados, com vistas a satisfazer os ideais de justiça vigentes em dado momento histórico. Como desdobramento, depreende-se que o instituto da responsabilidade civil é inexoravelmente condicionado ao dinamismo social, apresentando caráter evolutivo conforme os anseios do momento histórico no qual se projetava.

Assim, à luz do contínuo processo evolutivo da responsabilidade civil o presente trabalho objetiva explicitar o instituto sob o enfoque da sua finalidade punitiva, analisando a introdução e aplicabilidade das prestações punitivas ou dissuasórias sobre a rubrica dos *punitive damages*.

O instituto *punitive damages* (indenização punitiva), similarmente designado na tradição anglo-saxã como *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, constitui a prestação pecuniária destinada ao autor de uma ação indenizatória em valor excedente e consideravelmente superior ao exigível para a compensação do dano sofrido, visando a infligir a dúplici finalidade de punição e prevenção de danos a bens jurídicos por meio do caráter exemplar da punição. A esta modalidade de indenização opõe-se a indenização compensatória, cuja função nodal é o ressarcimento do prejuízo sofrido por valores equivalentes ao referido prejuízo.

A tensão entre a multiplicidade de funções atribuídas à responsabilidade civil na contemporaneidade é o escopo que anima esta pesquisa, cuja investigação far-se-á por meio da análise de conteúdo de fonte documental, instrumentos normativos nacionais e estrangeiros, com o emprego de interpretação doutrinária e multidisciplinar, e utilização do método dedutivo.

## 1. A CRISE DO PARADIGMA REPARATÓRIO E A EXPANSÃO DE DANOS SUSCETÍVEIS DE INDENIZAÇÃO COMO INCENTIVOS À ATRIBUIÇÃO DE NOVAS FUNÇÕES À RESPONSABILIDADE CIVIL

Os tradicionais paradigmas da responsabilidade civil estão sedimentados na dicção dos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês, quais sejam: responsabilidade individual, responsabilidade fundamentada sob o elemento da culpabilidade e o modelo reparatório/ressarcitório.<sup>3</sup> A origem do paradigma da responsabilidade individual deu-se em razão do contexto histórico cujas atividades primordiais desenvolviam-se, sobretudo, mediante técnicas artesanais e rudimentares, refletida em relações exclusivas entre indivíduos. Logo, em se tratando de responsabilização, a identificação do autor de um episódio danoso era feita com facilidade, uma vez que as relações humanas eram suscetíveis de individualização.<sup>4</sup>

No que concerne ao paradigma da responsabilidade fundada em culpa, constata-se sua função de moralização das condutas individuais, as quais podiam ser consideradas indesejadas socialmente. Assim, as condutas individuais sofriam um processo de valoração no meio

---

<sup>3</sup> HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano Pessoal na sociedade de Risco**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 93-95; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

<sup>4</sup> ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.50-51.

social, de modo que ao indivíduo cujo comportamento se afastasse dos limites previstos legislativamente, ocasionando prejuízos a outrem, recairia uma sanção civil para fins de reparação de suas ofensas a bens jurídicos alheios.<sup>5</sup>

Todavia, os paradigmas tradicionais sob os quais se assentavam a responsabilidade civil, proclamaram sua insuficiência e linearidade face ao dinamismo social e econômico experimentado em razão de acontecimentos como a Revolução Industrial. Assim, novos paradigmas passaram a nortear a responsabilidade civil, quais sejam: a responsabilidade civil objetiva, a coletivização da responsabilidade, bem como a expansão de danos suscetíveis de reparação.<sup>6</sup>

A alteração dos elementos norteadores da responsabilidade civil iniciou-se desde meados do século XIX, a par do intenso desenvolvimento tecnológico e telemático proclamado pela Revolução Industrial. Como consequência deste processo, as sociedades tornam-se extremamente mecanizadas, valorizando a produção industrial em detrimento da produção artesanal e de subsistência. À luz deste quadro de desenvolvimento, a produção industrial é fomentada por meio do processo de automação, substituindo-se homens por máquinas, criando novos meios de transportes, terrestre e aéreo, evidenciando a necessidade de transporte em massa. Todo esse fenômeno desenvolvimentista culmina com a exposição dos indivíduos a uma série de riscos ainda não experimentados.<sup>7</sup> Eis que as inovações tecnológicas, sociais e econômicas experimentadas por uma sociedade industrial expandiram quadros de violações, ofensas e prejuízos aos indivíduos, evidenciando a dificuldade dos ofendidos em obter a condenação dos seus ofensores. Consta-se assim, a vulnerabilidade do critério de culpabilidade para imputação de responsabilidade aos inúmeros conflitos e lesões que se avultavam.

Ao se analisar uma sociedade de estrutura industrial, cujo ciclo produtivo desdobra-se em fases diversas, verifica-se a grande dificuldade em individualizar condutas e atribuir a um único responsável o dever indenizatório em razão de uma ofensa a bem jurídico de terceiro. Resta comprovada a necessidade de alterações normativas que assegurassem o dever indenizatório em situações na qual se vislumbra individualmente o autor da ofensa, bem como a sua culpabilidade diante do ilícito.

---

<sup>5</sup> HOFMEISTER, op. cit., p. 95.

<sup>6</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, vol. I, 2º Ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 540-541.

<sup>7</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, 2ª Ed. revista e atualizada por Ovídio Rochas Barros Sandoval, São Paulo, RT, 1998, p. 113.

Como resposta à notória insuficiência do paradigma da responsabilidade civil fundada na culpa, construções doutrinárias<sup>8</sup> e jurisprudenciais<sup>9</sup> elegeram teorias que se orientariam pelo critério do risco gerado pela atividade. Inicialmente, adotou-se a teoria do “risco proveito”, a qual atribuía responsabilidade indenizatória àquele que se beneficia economicamente da atividade que induz risco à sociedade. Em momento posterior, tal teoria cedeu diante do critério do “risco criado”, o qual abrangeu todas as atividades de risco, ainda que dela não derivasse proveito econômico.<sup>10</sup> Notadamente, diante desta alteração normativa, a responsabilidade civil objetiva consolida-se, conforme assegura Anderson Schreiber, “a responsabilidade objetiva veio a ser adotada em quase todos os ordenamentos jurídicos, por meio de leis especiais, aplicáveis a setores específicos, relacionados aos anseios sociais mais graves no campo da responsabilidade civil”.<sup>11</sup>

Ato contínuo, as evoluções socioeconômicas deste período também concorreram para a alteração do paradigma da responsabilidade civil individual, insurgindo o fenômeno da “coletivização” ou “socialização” da responsabilidade, pois se clamava por um modelo de responsabilização cujo foco correspondesse à necessidade de oferecer resposta ressarcitória eficaz às vítimas.<sup>12</sup>

Aliado ao fenômeno da coletivização da responsabilidade civil, o qual facilitou sobremaneira a reparação de danos em razão das inovações tecnológicas, outro tradicional paradigma da responsabilidade civil se transmutava em razão da necessidade de não deixar nenhum dano incólume. Eis que a amplitude de danos suscetíveis de reparação sofre um

---

<sup>8</sup> Esse movimento iniciou-se na França, com Raymond Salleiles, ao tratar da responsabilidade por acidentes de trabalho e Louis Josserand, ao discutir a responsabilidade pelo fato das coisas. Ao analisar as posições desses juristas, José de Aguiar Dias identifica: “A doutrina de Salleiles é mais radical do que o sistema proposto por Josserand. Enquanto este se limita a aplicar a teoria objetiva ao fato de coisas inanimadas, aquele prega, sem rodeios, a necessidade de substituir a culpa pela causalidade, mediante a interpretação objetiva da palavra *faute* no art. 1.382 do Código francês, que, no seu entender, aí não se refere senão ao próprio fato causador do dano, sem indagação ao elemento psicológico do agente”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.73.

<sup>9</sup> No âmbito jurisprudencial, já em 1896, a Corte de Cassação da França determinou que o patrão indenizasse os danos causados a um empregado pela explosão de uma caldeira, decisão que sob a denominação “Teffaine”, tornou-se mundialmente famosa, em razão de ter introduzido no Direito francês a noção de risco. Em língua original, o “Arrêt Veuve Teffaine”, Cour de Cassation, Chambre civile, 16 juin 1896 pode ser consultado em <[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>10</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil**, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 44-45.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**, São Paulo, Atlas, 2009, p. 19

<sup>12</sup> Essa “socialização do dano”, consoante esclarece Geneviève Viney, corresponde à assunção do escopo reparatório do dano por sistemas que garantam o pagamento da indenização ao lesado, quer se trate de sistemas estaduais, de segurança social, da criação de fundos de garantia ou da celebração de contratos de seguro por entidades privadas. **Le déclin de la responsabilité individuelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p.147.

processo de enlastecimento, o qual sedimentou-se por meio da admissão de indenização por danos morais e acolhimento de interesses transindividuais como suscetíveis de guarida.

Inicialmente, cumpre salientar que sob a vigência do Código Civil de 1916, o dever indenizatório não contemplava danos de ordem moral ou extrapatrimonial. O entendimento esposado era justificado pela suposta inexistência de previsão de mecanismos ressarcitórios para reparação de danos morais no bojo do CC/1916, fundamentando-se que lesões de cunho moral não poderiam ser ressarcidas, ao se considerar a impossibilidade de precificar abalos morais.<sup>13</sup> Todavia, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), ilustrou o desenvolvimento doutrinário face aos impedimentos de categorização de danos morais e extrapatrimoniais como suscetíveis de reparação, alçando o princípio da dignidade da pessoa humana à categoria de garantia constitucional, bem como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CF/88) e prevendo a indenização por danos morais em sede constitucional (art. 5º, V e X, CF/88).

A admissão do dever indenizatório em sede de danos morais concluiu pela alteração do ideário de que a responsabilização civil exerceria exclusivamente função reparatória, por meio do ressarcimento patrimonial do lesado. Neste diapasão, a indenização aplicada a ofensas de cunho moral ou extrapatrimonial evidenciou a busca por outra função, a qual não estivesse cingida exclusivamente a elementos patrimoniais, mas que satisfizesse o ofendido em termos de tutela a seus bens jurídicos. Neste contexto, adiciona-se à responsabilidade civil o emprego da função compensatória como mecanismo de eliminação dos prejuízos sofridos em sede extrapatrimonial.

Aliado ao processo de distribuição dos riscos, erigiu-se um modelo indenizatório caracterizado pela ampla insurgência de contratos de seguros de responsabilidade civil e desenvolvimento da seguridade social, instituindo fundos públicos aptos à reconstituir o patrimônio lesado. Por um lado, tal sistema facilitou sobremaneira a reparação de danos aos ofendidos, mas, por outro lado, favoreceu aos agentes ofensores a transferência dos ônus e riscos de suas atividades às empresas seguradoras.

Tendo em vista esse contexto, o instituto da responsabilidade civil perdeu sensivelmente sua disposição em exercer tutela preventiva ao cometimento de ilícitos civis. É

---

<sup>13</sup> REIS, Clayton. **Dano Moral**, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 49.

de se notar que as funções punitivas e dissuasórias perderam sua funcionalidade, cabendo a ramos com o Direito Penal e Direito Administrativo as atribuições de caráter sancionador.<sup>14</sup>

Além do processo de socialização dos riscos, o instituto da responsabilidade civil ao se moldar ao dinamismo econômico e social contemporâneo, viu-se diante da expansão de danos suscetíveis de reparação, passando a contemplar danos de natureza existencial e de interesses meta ou transindividuais.<sup>15</sup>

Diferentemente dos prejuízos de ordem patrimonial, esta nova categoria de direitos quando lesada, reflete prejuízos que atingem todo um grupo, uma categoria, não se podendo determinar ou individualizar o dano. Ainda, complementa-se que danos a interesses existenciais e metaindividuais tendem a eternizar seus prejuízos, considerando que a restituição dos danos causados é de difícil obtenção. Como exemplo, extremamente difícil se mostra a reparação integral de lesões que afetam interesses difusos, como lesões ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à ordem urbanística, entre outros que se verificam no art. 1º da Lei 7.347/1985. Assim, indaga-se: seria possível a efetiva reparação de prejuízos causados pelo derramamento de óleo no mar? Como reparar a extinção de um animal na fauna brasileira?<sup>16</sup>

Logo, diante da manifesta insuficiência do modelo ressarcitório para impor adequada recomposição dos prejuízos de ordem extrapatrimonial e transindividual, consigna-se que a melhor forma de proteção jurídica que se pode conferir a esta categoria de direitos poderá ser feita por meio da prevenção de ocorrência de tais danos. A aplicação de uma indenização cujo valor ultrapasse a equivalência do dano causado, a par de caracterizar uma punição, também carrega um claro objetivo preventivo, através do que Paolo Gallo denomina “função moralizadora dos danos punitivos”.<sup>17</sup>

Para fins de manutenção do equilíbrio social, pugna-se pela introdução de meios que suplantem as funções exercidas pela responsabilidade civil em seu paradigma ressarcitório, de forma a prevenir e dissuadir os agentes ofensores a perpetrarem condutas de caráter danoso. É patente que concepção de tutela jurídica eficaz a salvaguardar relevantes categorias de direitos requer a abordagem do instituto da responsabilidade civil a par de sua versatilidade, explorando outras funções além da tradicional função reparatória. Com efeito é possível

---

<sup>14</sup> UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva**, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003, p. 47.

<sup>15</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **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. 139/174.

<sup>16</sup> 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. 158.

<sup>17</sup> **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 167-169.

aventar as funções de punição e prevenção em conjunção com o escopo ressarcitório para fins de ampla e eficaz tutela jurídica em sede de responsabilidade civil.

Trata-se da possibilidade de tais funções serem manejadas de forma conjunta, possibilitando a garantia da producente quantificação indenizatória em um nível capaz de compensar o ofendido pela lesão sofrida, punir o ofensor pela reprovabilidade da conduta deflagrada e por fim, dissuadir o agressor e a sociedade em geral a reincidirem nos danos provocados.

Nesse viés, avulta-se a concepção de indenização com escopo punitivo, erigida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento normativo apto a suprir a insuficiência do paradigma ressarcitório em situações nas quais a prática do ilícito civil se torna lucrativa para o ofensor.

A idealização de escopo punitivo atribuível a responsabilização civil remonta à teoria dos *punitive damages*, amplamente difundida em famílias jurídicas de tradição da Common Law. No presente trabalho, pretende-se demonstrar a possibilidade de adequação da teoria dos *punitive damages* ao sistema jurídico brasileiro, a qual seria introduzida sob a rubrica de indenização punitiva. Inicialmente, porém, faz-se necessária breve explanação da doutrina dos *punitive damages* no sistema da *common law*, no qual o instituto apresentou franco desenvolvimento e expansão.

## 2. ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA DA *COMMON LAW*

A tendência à diversificação de funções também se faz presente no sistema *common law*. Nesse sentido, Markesinis, Deakin e Angus destacam que as funções da “law of torts” têm se modificado em cada contexto histórico e conforme as tendências socioeconômicas e filosóficas do momento, destacando a justiça, punição, dissuasão, compensação, repartição de custos entre outros. Contudo, na opinião dos mencionados autores, nenhuma delas isoladamente oferece uma justificação completa para a responsabilidade civil, e a proeminência de uma ou outra função depende dos diferentes estágios de desenvolvimento da matéria.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> MARKESINIS, Basil; DEAKIN, Simon; ANGUS, Johnston. **Tort Law**. Seventh edition. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.43: “The aim of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, deterrence, compensation, and loss-spreading can be counted amongst them. None of them has offered a complete justification for the law. [...] Overall, however, it can be said with some measure of confidence that at different stage of development of tort law one of its functions may have been more prominent than the rest. Moreover, each of its historical setting reveals something about the socio-economic and philosophical trends of the day.”



O instituto *punitive damages* (indenização punitiva), similarmente designado na tradição anglo-saxã como *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, constitui a prestação pecuniária destinada ao autor de uma ação indenizatória em valor excedente e consideravelmente superior ao exigível para a compensação do dano sofrido, visando a infligir a dúplici finalidade de punição e prevenção de danos à bem jurídicos por meio do caráter exemplar da punição.

Diferentemente dos *compensatory damages*, cuja função precípua repousa na compensação do prejuízo, a indenização punitiva preocupa-se, sobretudo, em infligir punição ao ofensor, bem como desestimular o cometimento de ilícitos semelhantes em momentos posteriores. Como consequência, os *punitive damages* destinam-se aos ilícitos civis de maior reprovabilidade, sobretudo, ao se constatar elementos de desvalor de conduta, a saber: intencionalidade, negligência e indiferença em relação aos direitos dos ofendidos.<sup>19</sup>

Em sede doutrinária<sup>20</sup>, os *punitive damages* são conceituados como a soma de valor variável, arbitrada em separado dos *compesatory damages*, por ocasião de dano cuja natureza revele conduta lesiva marcada por manifesta negligência, malícia e opressão. Ainda, se a conduta do ofensor, mesmo que culposa, não se mostre especialmente reprovável, a condenação em *punitive damages* se impõe como imprópria. Eis que, condutas lesivas decorrentes de ignorância, culpa simples ou engano não devem ser tuteladas por meio de condenação punitiva. Ressalta-se que o âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variável, contemplando praticamente todas as searas da responsabilidade civil, especialmente no que tange à responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos oriundos de produto defeituosos, erro médico, danos em acidente de trânsito, assédio sexual, invasão de privacidade etc.

Ordinariamente, em países como Inglaterra e Estados Unidos da América, os *punitive damages* são aplicados e mensuradores por meio de um corpo de jurados, prescindindo do julgamento de um juiz togado.<sup>21</sup> Nesse sentido, a expressão *punitive damages* será invocada para designar o valor deduzido em pecúnia, ordinariamente imposto por um corpo de jurados, com vistas a infligir sanção a um ato ilícito de alta reprovabilidade, articulando as funções de punição e prevenção ao cometimento de lesões futuras.

No ordenamento jurídico inglês as funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil manifestaram-se inicialmente no episódio precursor em 1763, no caso *Hucle v. Money*.

---

<sup>19</sup> OWEN, David. G. **Punitive Damages in Products Liability**, in Michigan Law Review, vol. 74, 1976, p. 126.

<sup>20</sup> SCHLUETER, L. e REDDEN, K.R. **Punitive damages**. New York: Lexis Pub, 2000, p.20.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 75/78.

O episódio refere-se à prisão ilegal e desmotivada de uma pessoa, a qual ficou isolada por seis horas. Em sede de julgamento, determinou-se a concessão de uma quantia de trezentos libras excedentes ao dano efetivamente sofrido, com fins a evidenciar a existência de novas funções na responsabilidade civil extracontratual, quais sejam: o caráter punitivo e dissuasório (exemplar). Consoante Caroline Vaz, “as prestações punitivas e dissuasórias se foram formando, assim como *standard* do respeito pelo direito à reserva de vida privada e pela liberdade do indivíduo contra abusos de poder”.<sup>22</sup>

Por sua vez, nos Estados Unidos da América, a responsabilidade civil como ramo do direito obrigacional consolidou-se em meados do século XX. Isso porque, o advento da Segunda Revolução Industrial e a racionalização da lógica do trabalho, precursores do modelo capitalista, recrudesceram os quadros de violações a direitos, apontando a necessidade de um aparato jurídico eficiente. Diante do cenário de independência conquistada, os Estados Unidos da América passaram a utilizar o Direito Inglês apenas em caráter subsidiário, iniciando um processo de construção de seu próprio aparato jurídico, ainda que balizado por princípios e métodos oriundos da *Common Law*.

Assim, o ordenamento jurídico norte-americano assimilou a concepção da responsabilidade civil através do instituto denominado *Tort Law*<sup>23</sup>. O referido instituto regulamenta as situações de responsabilidade civil decorrentes de atos ilícitos, cujo objetivo precípua é a proteção dos direitos pessoais e sociais, buscando a restabelecer a situação originária da vítima, bem como infligir punição ao responsável pelo dano, consagrando as funções dissuasória e punitiva da responsabilidade civil. O instituto da *Tort Law* para fins de classificação é dividido em três vertentes, a saber: *intentional torts*, *negligence* e *strictliability*. A primeira vertente destina-se à regular a responsabilidade civil oriunda de ilícitos praticados intencionalmente; a negligente refere-se aos atos ilícitos desencadeados por negligência do ofensor, e por fim, a *strictliability* trata da responsabilidade de caráter objetivo, prescindindo da comprovação de culpa.

A aplicação das prestações punitivas ou dissuasórias em sede de Direito Norte-Americano não é uniforme, sendo que entre os cinquenta estados norte-americanos é possível

---

<sup>22</sup> VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - Da reparação a punição e dissuasão - Os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 44.

<sup>23</sup> Segundo VAZ, Caroline, com apoio em FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Tradução Antônio Carlos Diniz de Andrada, 1963, p.151: “A doutrina norte-americana define a *Tort* como um evento que decorre da ação ou omissão de outra parte, que causa dano ao corpo humano ou à personalidade, à propriedade, ou aos interesses econômicos, em circunstâncias nas quais o Direito considera justo obter uma compensação da pessoa que agiu ou deixou de agir.”

vislumbrar empregos diferenciados ao instituto e estados que não incorporaram o instituto a sua órbita jurídica, tais como Louisiana, Massachussets, Michigan, Nebraska e Washington. Entretanto, os objetivos perquiridos pelo uso da prestação pecuniária, sobretudo em se tratando de danos extrapatrimoniais são convergentes. Em suma, dirigem-se a quantificar uma prestação pecuniária em valor vultoso, excedente ao desiderato de compensação como forma de demonstrar a reprovabilidade, censurabilidade da conduta ilícita. Trata-se sanção com caráter punitivo-pedagógica que visa a resguardar a segurança e harmonia social dos demais. Neste passo, é notável que o escopo punitivo ressaltado pelo emprego dos *punitive damages* é distinto da esfera penal, a qual se destina a punir a individualidade do agente transgressor, ao passo que, a função punitiva declina olhar sobre a situação da vítima, a qual pode não ter tido reparo no dano sofrido.

À luz do contexto histórico da industrialização a responsabilidade civil prescindindo a comprovação de culpa consolidou-se. Assim, compreende-se que a responsabilidade civil objetiva acrescida de funções punitivas e dissuasórias é aplicável em casos em que um produtor oferece um produto sabidamente passível de grandes riscos à sociedade, porém não se interessa em corrigir os riscos, visto que o custo-benefício decorrente entre os lucros auferidos com a comercialização dos produtos é bem superior aos possíveis gastos com indenizações. Para exemplificar, os Estados Unidos da América vivenciariam um caso de grande repercussão nesse sentido, consagrado pela jurisprudência como *Pinto Case* ou *Exploding Pinto*<sup>24</sup>, referente a um veículo da empresa Ford.

De observar-se que os *punitive damages* no direito norte americano é disciplinado de forma esparsa em consonância com os regramentos de cada estado do país. Disso resulta a heterogeneidade jurisprudencial do instituto, importando em substanciais distinções nas hipóteses de admissibilidade do caso, bem como sua aplicabilidade variável.

---

<sup>24</sup> O caso refere-se a um veículo da Ford denominado Pinto, o qual se incendiou após sofrer uma pequena colisão, ocasionado a morte de três pessoas. Posteriormente, descobriu-se que a causa do incêndio deu-se em razão do frágil material utilizado no tanque de gasolina, além de ter sido alocado em um local inapropriado, fatores que geravam à Ford a economia de R\$15 dólares por veículo. Em sede de defesa a concessionária Ford reconheceu que compensaria efetuar o pagamento de indenizações compensatórias do que realizar as alterações e retificações no veículo *Pinto*. Tal posicionamento escandalizou a sensibilidade dos jurados, de forma a tornar patente que a Ford tinha conhecimento prévio das irregularidades e optava por oferecer riscos e insegurança à sociedade a fim de lograr êxito no processo de racionalização da produção e obtenção de lucros. Assim, ao reconhecer a indiferença e o desrespeito da Ford com o direito à vida, os jurados deliberaram condenação em caráter de compensação, punição e dissuasão. A prestação punitiva aplicada perfez o montante de 3.5 milhões aos parentes da vítima. É patente a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil objetiva, com fins a servir de punição exemplar e a dissuadir a Ford de repetir condutas semelhantes. A partir de então o Direito norte americano acolheu a imposição dos *punitive damages* para garantir à tutela à vida e a integridade física dos cidadãos, além de dissuadir e aumentar o nível de segurança dos produtos ofertados, ao sedimentar jurisprudência rígida com relação às produtoras de bens de consumo. Disponível em <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 01 agosto 2014.

### 3. ADEQUAÇÃO NORMATIVA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção do instituto dos *punitive damages* em ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica aduzem a indispensabilidade de expressa previsão legal neste viés. Assim, em cotejo com o princípio constitucional da reserva legal, argumenta-se que a aplicação da indenização punitiva sem prévia cominação legal é insustentável. Trata-se, portanto, de um pressuposto fundamental para a inserção das prestações punitivas no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de a inobservância desta previsão acarretar a ilegalidade e inconstitucionalidade. Ainda, ao se referir a obrigatoriedade de cominação legal válida para adoção da indenização punitiva, questiona-se: qual grau de densidade normativa do princípio da legalidade deverá ser observado para a adoção das prestações punitivas?

Em resposta, parte da doutrina<sup>25</sup> sustenta posicionamento no sentido de que a validade constitucional da indenização punitiva está condicionada não somente a obrigatoriedade de prévia cominação legal da existência de tal “pena privada”, mas também à observância do princípio da taxatividade, em atenção a todas as hipóteses objetivas suscetíveis de aplicação.<sup>26</sup> Logo, ao se referir à aplicação da indenização punitiva com o *status* de pena criminal, Maria Celina Bodin de Moraes ressalva: “parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses taxativamente previstas em lei”.<sup>27</sup>

De outro giro, a introdução da indenização punitiva sob a rígida concepção do princípio da taxatividade, controverte o entendimento doutrinário brasileiro.<sup>28</sup> Sob outra vertente, tal posicionamento é flexibilizado, pois sugere a doutrina que ao se manipular a aplicação de sanções alheias aos liames penalistas, desnecessária seria a previsão taxativa dos tipos fechados a serem sancionáveis. Especialmente em atenção à indenização punitiva, tal

---

<sup>25</sup> Para uma investigação mais precisa entre os autores brasileiros, consulte-se, entre outros, MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.193-264; LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*. Revista de Direito Privado 45, p.163; MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>. Acesso: 15 jul. 2013; ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p.139-222.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Princípios constitucionais penais e Processuais Penais**, São Paulo, RT, 2010, p.188.

<sup>27</sup> MORAES, Maria Celina Bodin, **Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas**, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 18, abr./jun. 2004, p.76.

<sup>28</sup> No Brasil, consulte-se VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.41 et seq; BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p.641-668.

mitigação seria possível para conferir dinamismo e ampla aplicabilidade da responsabilidade civil, evitando que o instituto torne-se obsoleto e cingido a um rol de hipóteses de incidência.

Ainda, necessário salientar que o sistema de responsabilidade civil insculpido no ordenamento jurídico brasileiro atua por meio de uma cláusula geral de responsabilidade, do que se deduz a tradição de flexibilidade, necessária para tutelar à exposição de bens jurídicos que estão em processo de evolução e mutação, conforme o dinamismo social apresentado. Logo, a aplicação de um rol taxativo no âmbito da sanção punitiva prejudicaria sobremaneira os fins destinados à indenização punitiva.

Por fim, ao se vislumbrar um quadro de tipificação de condutas, enumerando taxativamente as hipóteses de incidência do instituto dos *punitive damages*, verifica-se que o âmbito de proteção destinado à proteção de direitos da personalidade, especialmente, a dignidade da pessoa humana, restaria sensivelmente prejudicado. Nesse viés, pode-se dizer que a aplicação de prestações punitivas, fundada em um rol taxativo de condutas, revelaria a ineficácia deste instrumento para as funções a que se presta, como se pode deduzir a partir da explicação de Caroline Vaz: “Deve ser lembrado que a multiplicidade e complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas que não seria possível enumerar previamente, com taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral, da obrigação de indenizar e ainda punir e/ou dissuadir.”<sup>29</sup>

#### **4. ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

A idealização do escopo punitivo da responsabilidade civil no Brasil resulta de controvertidos entendimentos doutrinários anteriores à vigência do Código Civil de 2002 (CC/02) acerca da Responsabilidade civil e as funções, por vezes, desempenhadas em sede de danos morais. Assim, na obra C.A Menezes Direito e S. Cavalieri Filho<sup>30</sup> constata-se que a determinação de valores de indenização em casos de danos morais é exercida de modo a impor reparação satisfatória ao lesado e punição exemplar ao causador do dano, evitando práticas de contumácia.

Diante disso, tem-se que a responsabilidade civil com fins punitivos é identificada no ordenamento jurídico brasileiro precipuamente em decisões judiciais que versam sobre danos

---

<sup>29</sup> VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - Da reparação a punição e dissuasão - Os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.129/130.

<sup>30</sup>DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense 2004.

extrapatrimoniais, uma vez que a aplicação da responsabilidade civil em caráter meramente ressarcitória revela-se insuficiente e linear para tutela efetiva de direitos extrapatrimoniais à luz da consolidação dos direitos de terceira dimensão e o princípio da dignidade da pessoa humana amparados na Constituição Federal de 1988 (CF/88). A rigor, a referida Carta de 1988 aduz amplas possibilidades de indenização de danos extrapatrimoniais ao consagrar irrestrita indenizabilidade do dano moral em variados dispositivos<sup>31</sup>.

Ao invocar as prestações punitivas como meio hábil de responsabilização civil em sede de danos morais deve-se declinar os fatores que confirmam a legitimidade e proficiência desse meio. Com efeito, a tutela efetiva de direitos personalíssimos nem sempre é conduzida satisfatoriamente quando delegada exclusivamente às leis penais e penas públicas, visto que a gama de infrações a direitos personalíssimos não é abrangida em sua integralidade pelos tipos penais fechados. Igualmente, ressalta-se que as sanções provenientes de sentença penal condenatória nem sempre são aptas a imprimir caráter punitivo-pedagógico do ilícito praticado.

O quadrante de tutela penal insatisfatória acima exposta legitima a adoção de um instrumento sancionatório mais incisivo, cujos desideratos de dissuasão, punição e prevenção possam ter melhor acolhida. É nesse contexto que os *punitive damages* são invocados legitimamente como modalidade indenizatória capaz de não somente compensar à vítima, mas também declinar atenção à conduta do autor, ao mensurar o desvalor da ação ilícita. Nesse sentido, Caio Mário apresenta os fatores conjugados em sede de indenização por dano moral: “punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Destacam-se os incisos V e X, de seu art. 5, da Constituição Federal de 1988, in verbis: V- é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.338.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a função dissuasória ou preventiva em sede de danos extrapatrimoniais, além de suscitar o controle do quantum indenizatório por meio dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade<sup>33</sup>.

## 5. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A incidência das prestações punitivas e dissuasórias deverá ser balizada em caráter de excepcionalidade, destinando-se à salvaguarda de bens e interesses de alta relevância, considerados como existenciais e metaindividuais e à manutenção do equilíbrio social da sociedade.

A proteção destes interesses de alta relevância será feita a partir da aplicação da técnica da indenização punitiva associada com outros escopos da responsabilização civil, (função compensatória, ressarcitória, inibitória), quando a conduta danosa for caracterizada pelo alto grau de reprovabilidade, marcada pela intencionalidade do agente, com intuito de auferir grandes vantagens econômicas ou mesmo em razão de negligência grosseira.

A aplicação de modalidade punitiva da responsabilidade civil em complemento à função meramente compensatória justifica-se a partir da concepção de que ilícitos altamente danosos ofendem à órbita jurídica de todo o corpo social, transcendendo a mera individualidade. Essa concepção é ilustrada nas palavras do autor Junqueira de Azevedo ao sustentar que “um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Para fins de exemplificação cita-se a ementa de um Recurso Especial, na qual se depreende que a indenização imposta cumpre a função de desestimular a prática de ilícitos semelhantes, bem como infligir punição exemplar: EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÕES POR SEGURANÇAS DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO.QUANTUM.HONORÁRIOS.CONDENACÃO.OBSERVÂNCIA DO ART. 21CPC, RECURSO DESACOLHIDO. I-A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. II- Diante dos fatos da causa, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstância relevante de que os shopping centers são locais frequentados diariamente por milhares de pessoas e famílias. III- Em face dos manifestos e frequentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase e se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle. IV- Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial nela foi considerada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 215607/RJ. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ªTurma. DJ 13 set. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

<sup>34</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social**. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380-381.

Feita essa explanação, passa-se a análise dos critérios de ordem objetiva caracterizadores do nível de reprovabilidade do ilícito perpetrado no seio social.

Sob a tradição dos países pertencentes à common Law, o instituto dos *punitive damages*, via de regra, não é aplicável para sancionar ilícitos de natureza contratual. Todavia, tal regramento é flexibilizado em caráter excepcional em face de ocorrência de ilícitos contratuais oriundos de conduta manifestamente fraudulenta, cujos elementos de intencionalidade e negligência grosseira se evidenciam. Assim, ao vislumbrar a incorporação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, questiona-se se: o escopo punitivo da responsabilidade civil também teria sua incidência restrita a ilícitos extrapatrimoniais?

Em resposta a este questionamento, sugere-se que a introdução da indenização punitiva da responsabilidade civil deverá ser admissível para infligir seus escopos não somente diante de danos de natureza extrapatrimonial, abrangendo também ilícitos de natureza contratual, ao se considerar que aplicação isolada de modalidades da responsabilidade civil se mostra contraproducente.

Em complemento, é de destacar-se que uma avença de caráter contratual pode se tornar objeto suscetível de suportar prejuízos oriundos de situações não previstas em instrumento contratual, aptas a atingirem direitos existências e metaindividuais, acarretando não somente prejuízos extensíveis à ordem extrapatrimonial.

Em suma, acredita-se que a indenização punitiva deverá ser empregada para exercer caráter sancionatório face ao descumprimento contratual definido como de alto grau de reprovabilidade e cujos prejuízos extrapolem a órbita jurídica individual, representando dano à sociedade.

Em continuidade ao processo de persecução dos elementos objetivos da indenização punitiva em cotejo com os elementos tradicionais da família jurídica do common Law, declina-se à análise acerca obrigatoriedade de comprovação de ocorrência de dano efetivo para fins de aplicação da indenização punitiva, ao se considerar que, em circunstâncias extraordinárias, os *punitive damages* são aplicados mesmo sem a comprovação de efetivo prejuízo. Neste sentido, a doutrina do common Law fundamenta-se na existência de ilícitos que encerram caráter indenizatório em sua essência, independentemente de ocorrência de prejuízo.

Diante de tal cenário, a incorporação das prestações punitivas no ordenamento jurídico brasileiro, sugere que tal instituto estará condicionado ao regramento comum da Responsabilidade Civil, devendo observar os requisitos como: ato ilícito, culpabilidade, nexo de causalidade e dano.



Eis que, o dever indenizatório punitivo será deduzido de forma acessória à demanda de indenização compensatória, cujo requisito indispensável é a comprovação do prejuízo suportado pelo ofendido. Logo, a indenização punitiva atuará de forma subjacente à indenização compensatória, incidindo em hipóteses cuja comprovação do dano é essencial.

Ainda, a respeito do prejuízo suportado pelo ofendido, ressalta-se que a imputação da indenização punitiva ao ofensor será extensível a prejuízos não somente de caráter extrapatrimonial, abrangendo danos oriundos de ato ilícito de natureza material.

É de se notar que atos ilícitos perpetrados com alto grau de reprovabilidade, ocasionando máculas a interesses existenciais e metaindividuais, caracterizam-se como a maior hipótese de incidência das prestações punitivas, ao se considerar a insuficiência do modelo compensatório para fins de recomposição do dano sofrido.

Todavia, apesar de se caracterizar como maior hipótese de aplicação, a imposição de indenização não está restrita ao âmbito extrapatrimonial, ao se considerar que atos ilícitos de caráter patrimonial podem ocasionar prejuízos que suplantam a esfera individual do ofendido, atingindo a sociedade com reflexos negativos, rebaixando o nível de vida da população.<sup>35</sup> Como exemplo de aplicação em prejuízos de âmbito material, citam-se atos ilícitos que redundam em benefício econômico ao ofensor, os quais podem superar a importância dos prejuízos efetivamente causados ao ofendido. Nestas situações, a indenização meramente compensatória não se mostra hábil a exercer função dissuasória e coibir a repetição destas ações, clamando pela aplicação do escopo punitivo da responsabilidade civil.

Com relação aos aspectos de ordem subjetiva, a doutrina majoritária aduz que a aplicação da indenização punitiva deve ser adotada com fins de punição e intimidação do réu, sendo adequadamente invocadas em condutas cujos elementos de transgressão são manifestos.

Assim, para adoção das prestações punitivas/dissuasórias é necessário que a conduta do ofensor revista-se de alto grau de reprovabilidade civil, de modo que os danos oriundos de tais condutas suplante esfera jurídica individual, tornando-se socialmente relevante. É imperioso, pois, um determinado estado anímico por parte do ofensor que revele intencionalidade em inobservância de regramento normativo, com patente desconsideração pelos interesses alheios.

Atente-se para o fato de que a inexistência de critérios relacionados ao estado anímico do ofensor, bem como o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada revela-se essencial

---

<sup>35</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social**, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 380/381.

para aplicação ponderada das prestações punitivas, evitando os fenômenos denominados hiperprevenção e supercompensação.

Relativamente aos “estados anímicos” do ofensor propícios à incidência de indenização punitiva, tem-se que o dolo constitui a mais grave modalidade de culpa do agente ao se estabelecer a tênue relação entre a vontade do agente e a conduta perpetrada, majorando a reprovabilidade do ato.

Logo, a ação dolosa é francamente reprovável em razão do direcionamento consciente do agente para o cometimento do ato ilícito, ainda que o ofensor deseje a sua ocorrência ou apenas assumira os riscos da ocorrência do dano.

Ainda, destaca-se que doutrina alienígena posiciona-se favoravelmente à incidência da indenização punitiva diante de hipóteses em que não se verifica a intencionalidade do agente em cometer o ilícito, assim considerado como dolo, quando se avulta conduta norteadas por patente desconsideração para com os bens jurídicos de terceiros, qualificando a culpa grave.

No tocante à quantificação da indenização punitiva, sob a tradição do *Common Law*, as prestações pecuniárias decorrentes de aplicação dos *punitive damages* são mensuradas a partir dos seguintes critérios, senão vejamos: inicialmente analisa-se as características da conduta do ofensor, ato contínuo, a análise recai sobre a extensão dos prejuízos causado ao ofendido e por fim, averigua-se a capacidade econômica do ofensor.

A respeito dos critérios enumerados acima, salienta-se que tanto a dominante doutrina europeia, bem como a doutrina nacional acolhe tais elementos para realizar a quantificação da indenização punitiva a ser aplicada. Neste sentido, afirma a autora Caroline Vaz que a indenização punitiva deverá ser quantificada mediante a conjunção dos elementos: grau de culpa do autor do dano; gravidade e repercussão do dano e a situação econômica do responsável pelo dano.<sup>36</sup>

Em complemento, vale notar que a doutrina e jurisprudência nacional ao imputar indenização punitiva com referência a danos de natureza extrapatrimonial, além da fiel observância dos três critérios expostos, avança o critério de análise da capacidade econômica do ofendido, para fins de balancear o quantum indenizatório.

Com efeito, ao se discorrer acerca dos elementos quantificadores da indenização punitiva, a análise do grau de reprovabilidade do ato ilícito perpetrado, também admitido como dolo ou culpa, mostra-se prioritária.

---

<sup>36</sup> VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - Da reparação a punição e dissuasão - Os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.134.

A análise deste critério reforça o escopo punitivo da responsabilidade civil ao superar a tradicional concepção de culpa em sentido unitário. Sob essa concepção, a análise do grau de culpabilidade do infrator é considerada irrelevante para quantificar a prestação indenizatória. Ainda, ao avaliar o critério da culpabilidade é possível distinguir as modalidades indenizatórias de caráter compensatório e punitivo, pois a função punitiva fundamenta-se, sobretudo, em razão da conduta francamente reprovável do ofensor.

Neste viés, ao se considerar a indenização compensatória e a indenização punitiva, admite-se que a análise minuciosa do grau de reprovabilidade do ilícito somente é aplicável como critério de quantificação de sanção punitiva. Marina Celina Bodin de Moraes, justifica que “o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência ou imperícia, independentemente da extensão do dano”.<sup>37</sup> Logo, a avaliação do grau de culpa do ofensor é necessária à quantificação da sanção punitiva, pois o ofensor deverá ser penalizado com maior rigidez conforme a sua negligência e desconsideração pela esfera jurídica individual atingida. É razoável e justo que o agente que se pauta pela intencional falta de consideração e respeito pelos direitos e bens jurídicos alheios receba sanção punitiva mais rígida do aquele que, perpetrou ilícito civil em razão de descuido, falta de cautela, sem patente intencionalidade.

Com vistas a mensurar a sanção punitiva, o direito comparado norte-americano articula três elementos importantes para constatação da culpabilidade do ofensor. Estes critérios consistem em: analisar se o ato ilícito evidenciava indiferença, desrespeito ou patente ignorância à segurança e saúde dos outros; verificar se a prática ilícita era reincidente ou isolada, e por fim, constatar se o ato ilícito poderia ser caracterizado como um ato intencional.

Aliado ao critério do grau de culpabilidade, o processo de dosimetria da sanção punitiva deve analisar a repercussão, bem como a extensão dos prejuízos ocasionados à vítima em razão de um ato ilícito. A necessidade desta análise decorre do fato de responsabilidade civil com arrimo punitivo destinar-se a infligir punição ao ofensor, motivo pelo qual é preciso dispensar atenção a fatores ligados ao estado anímico e desvalor da conduta do ofensor. Por outro lado, a função compensatória da responsabilidade civil cinge-se à reparação dos prejuízos suportados.

Neste diapasão, o autor André Gustavo Corrêa de Andrade, preleciona que a adoção de fatores de ordem subjetiva no que tange à dosimetria da sanção punitiva, a exemplo do grau de culpabilidade do ofensor e capacidade econômica, deve estar atrelado a fatores de

---

<sup>37</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana (Uma leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais)**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 296.

ordem objetiva, dos quais podemos deduzir a extensão e repercussão da lesão sofrida, bem como a categoria de direitos e interesses jurídicos afetados.<sup>38</sup>

Logo, a adoção deste critério quer significar que quanto maior e mais importantes a categoria de direitos e interesses jurídicos violados, bem como a afetação e repercussão geral do dano na esfera jurídica individual e coletiva, maior será o caráter de reprovabilidade da conduta do ofensor, clamando pela condizente quantificação do valor indenizatório.

Exemplarmente, em sede de direito comprado, cita-se que a Suprema Corte adotou posicionamento pela majoração do quantum indenizatório em razão da categoria de bem jurídico tutelado. Assim, a ocorrência de prejuízos físicos à vítima ao se comparar com prejuízos meramente financeiros, requer sanção mais rígida e de mais expressão financeira. Na mesma toada, a sanção punitiva deverá ser mais severa quando aplicada em relação a danos que não comportam restauração de situação jurídica anterior, não se podendo desfazer os prejuízos suportados. É o que se verifica ao se tratar de danos ao meio ambiente e patrimônio histórico cultural.

Ainda, a doutrina norte-americana não cinge o cômputo da dosimetria da indenização punitiva à aferição dos prejuízos efetivamente suportados. Em se tratando de finalidade punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, a sanção civil deverá ser quantificada em razão dos prejuízos que se apresentem de forma potencial, ainda que no plano efetivo seus efeitos tenha sido de pouca relevância.

Ilustrando tal premissa, a indenização punitiva devida por uma empresa que introduz no mercado consumidor produto, em patente negligência, produto com sérios defeitos de concepção, deve ser superior à indenização aplicada à empresa que igualmente oferta ao consumidor produto com vícios ou defeito, só que em razão de sua fabricação. Tal se justifica, pelo fato de o processo de concepção requerer o processamento de fases de projeção, estudos científicos de viabilidade, encerrando maior potencial danoso.

Com vistas à dosimetria do valor de indenização punitiva, também é suscitado o critério relacionado à capacidade econômica do ofensor, elemento de caráter subjetivo, especialmente relacionado ao escopo preventivo do dever indenizatório.

Ressalta-se que em fase processual, a análise da condição econômica do ofensor deverá ser feita em fase de liquidação de sentença, por tratar-se de um critério intimamente

---

38 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência da common Law e na perspectiva do direito brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.328-329.

relacionado à dosimetria da sanção punitiva e diante da possibilidade de interferência no julgamento da quantificação da pena civil a ser imposta.

Para que os escopos da indenização punitiva possam efetivamente cumprir seus desideratos, punindo e dissuadindo autores de ilícitos civis, é necessário observar que a indenização punitiva deverá ser infligida em atenção à capacidade econômica sustentada pelo lesante, sob pena de se tornar extremamente onerosa e de difícil cumprimento quando excessivamente alta em relação a apenado com poucos recursos ou extremamente leve e incapaz de dissuadir aqueles que preferem suportar indenizações de pouca monta ao rever seus atos danosos.

Assim, o julgador deve analisar a realidade do agente, seja pessoa física ou jurídica, de modo que o valor a ser pago a título de prestação pecuniária repercuta no patrimônio financeiro/econômico do devedor.

## **6. DESTINAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA DE CARÁTER PUNITIVO**

Imperioso ressaltar qual a destinação da verba indenizatória resultante de sentença condenatória em indenização punitiva. Para tal mister, torna-se indispensável a exposição das primordiais fontes de destinação do recurso, para posteriormente, analisar qual seria o modelo mais producente no sistema jurídico brasileiro.

Amplamente inspirada na teoria pura dos *punitive damages*, a primeira opção de destinação legal das prestações pecuniárias decorrentes de indenização punitiva seria em benefício da própria vítima. Nessa toada, ao patrimônio da vítima seria acrescido a verba indenizatória excedente à mera compensação dos prejuízos suportados.

Com efeito, a integral destinação dos valores arbitrados à título de prestação dissuasórias ao autor de ação indenizatória, justificar-se-ia pelo fato de, nesta relação jurídica em específico, estar o demandante acionando o judiciário para tutelar interesses que transcendem a sua esfera jurídica individual, uma vez que a aplicação de indenização punitiva sujeita-se à ocorrência de danos de representatividade para o meio social. Assim, estaria o demandando imbuído de múnus público, substituindo-se nas atribuições do Ministério Público, motivo pelo qual a verba indenizatória adquiriria status de recompensa e estímulo ao exercício desta atividade com benefícios para coletividade.

Todavia, cumpre salientar a franca divergência doutrinária em relação à viabilidade desta destinação da indenização punitiva. Para Antônio Junqueira de Azevedo, é necessário estimular aqueles que, mesmo atuando em razão de interesse particular, exercem múnus

público em benefício da sociedade.<sup>39</sup> Em sentido, contrário, Maria Celina Bodin de Moraes, preceitua que o valor indenizatório com fins punitivos jamais deverá ser revertido integralmente em favor da própria vítima, mas sim em para fundos já previamente determinados, beneficiando a coletividade.<sup>40</sup>

Em resposta ao modelo de reversão de prestação pecuniária punitiva em benefício da vítima, insurge posição doutrinária que pugna pela conversão direta deste montante em benefício da coletividade, quer pela aplicação de tais valores para um estabelecimento com fins beneficentes, quer para o benefício de fundos públicos criados com a finalidade de administração das quantias recebidas em razão da tutela punitiva, destinando-as em projetos de proteção a interesses coletivos, a exemplo da instituição do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, conforme art. 13 da Lei 7.347/1985.

Essa proposta, segundo a doutrina, eliminaria a possibilidade de enriquecimento ilícito do demandante e comprovaria a essência coletiva e transindividual, bem como atuaria como mecanismo de seleção das demandas que de fato representem dano à sociedade. Em suma, meras aventuras judiciais com fins de enriquecimento por parte dos demandantes seriam de fato desestimuladas. A esses fatores, soma-se questão concernente à quantificação da prestação indenizatória. Sendo este montante destinado à própria vítima, suscetível de provocar enriquecimento ilícito, a quantificação da prestação seria feita de forma moderada e simbólica para fins de se evitar enriquecimento ilícito. Todavia, ao se destinar para entidades autônomas, com fins a reconstrução do bem lesado, acredita-se que o sopesamento dos critérios da razoabilidade e ponderação do valor arbitrado apresentaria maior consonância com a finalidade punitiva e dissuasória pretendida pela indenização punitiva.

Finalmente, em razão dos ilícitos passíveis de incidência de indenização punitiva encerrarem potencialidade ofensiva subjacente ao meio social, representando dano de forma reflexa à toda coletividade, justo seria que o resultado da função punitiva da responsabilização civil destes ilícitos fossem revertidos para restituição do patrimônio público afetado pelo ilícito civil.

Como última opção, a doutrina aventa a possibilidade de destinação híbrida dos recursos arbitrados sob a rubrica de indenização punitiva. Tal opção consiste na divisão do montante entre a vítima prejudicada pelo ilícito e uma entidade de beneficência ou fundo

---

<sup>39</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social**, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p.383

<sup>40</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas**, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 18, Rido de Janeiro, Padma, abr. jun. 2004, p. 77.

público gerido pelo Estado. A possibilidade de reversão tanto em benefício do ofendido como da sociedade, busca conjugar os fatores positivos e favoráveis de cada corrente doutrinária, ou seja, prestigiar o ofendido pelo exercício do seu múnus público e financiar atividades de coibição e reconstituição do patrimônio social lesado.

Todavia, a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que a regulação das prestações pecuniárias com teor punitivo deveriam ser destinadas exclusivamente a uma entidade autônoma, quer instituída por um mantenedor privado, quer gerida por um órgão público, refletindo o caráter difuso e coletivo que permeia a incidência da indenização punitiva.

## **7. OS *PUNITIVE DAMAGES* COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

À luz do processo de constitucionalização do direito civil, por meio da qual é superada a dicotomia entre direito público e direito privado, o direito privado é alocado como microsistema sob a égide dos princípios albergados constitucionalmente.

Sob esse paradigma, sobretudo ao se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento norteador da República Federativa do Brasil, o direito civil adentra a órbita constitucional, ao se reconhecer a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas, consagrando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, no contexto de constitucionalização do direito civil, as aplicações das prestações punitivas e dissuasórias atuam como instrumento de integração e de consolidação dos direitos fundamentais nas relações privadas de responsabilidade civil. É preciso salientar que as normas e princípios constitucionais guarnecem tutela jurídica a direitos fundamentais por meio de seu caráter multifuncional, cumprindo diversas funções em consonância com as peculiaridades do caso analisado.

Do exposto, depreende-se a necessidade de adoção de eficientes critérios hermenêuticos e interpretativos para aplicação efetiva dos direitos fundamentais, visto que o art.5º da CF/88 não apresenta um rol taxativo, de modo a subsistirem direitos fundamentais implícitos e persistirem divergências com relação a situações não previstas pelo legislador. Nesse diapasão, avulta-se a possibilidade aplicação das prestações punitivas e dissuasórias em âmbito de responsabilidade civil com fins de estabelecer completude das normas e conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Assim, sob a dicção do art. 5º, inciso XXXV da CF/88: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos”<sup>41</sup> é que se passa a analisar a introdução dos *punitive damages*.

A introdução da ameaça a direitos como sucedânea de jurisdição enseja intervenção do Poder Judiciário e a aplicação de prestações punitivas e dissuasórias, a fim de que os agentes que demonstrem a intenção de cometer ilícitos restem punidos e dissuadidos, evitando-se a contumácia. Conforme mencionado, as prestações punitivas e dissuasórias manifestar-se-iam sob a condição de critério hermenêutico e interpretativo para consolidar efetiva tutela aos direitos fundamentais ainda que em caráter de ameaça. Isso porque, nem todas as situações estão reguladas legislativamente, não podendo o Judiciário olvidar situações de ausência de prescrição normativa, clamando por elementos integradores, tais quais as prestações punitivas e dissuasórias, de forma compatível com a situação em apreço.

A fim de ilustrar a inserção das funções punitiva ou dissuasória da responsabilidade civil em decisões judiciais que versam sobre direitos fundamentais, apresenta-se um precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n 598.281 de Minas Gerais. Trata-se ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do Município de Uberlândia e uma empresa local, pleiteando a suspensão de atividades ligadas a loteamentos imobiliários, visto que comprovadamente os réus causavam degradação ambiental em razão de suas atividades. Assim, destaca-se trecho da ilustre sentença proferida:

No suposto da lesão a bens coletivos, e o meio ambiente, o dano moral admite uma função ressarcitória punitiva. O criticável na tese punitiva dentre desta matéria foi que pretendia ser excludente com relação a uma finalidade reparatória, e restritiva, ao permitir somente alguns casos específicos de ressarcimento. Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo. “Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena”. O que nos interessa por em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, para a destruição da razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína este negócio e permite a prevenção. Na concepção punitiva, não se reclama dinheiro como preço nem como reparação, mas como satisfação exigida do culpado, à vindicta, a pena. O dano moral é uma sanção por algo imoral.

<sup>42</sup>

Do julgado exposto, é notória a aplicação dos escopos da punição e prevenção a fim de infligir montante indenizatório superior ao necessário à mera compensação do dano. Ademais,

---

<sup>41</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598281 / MG; RECURSO ESPECIAL. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavasck. DJ 01 jun. 2006, p. 147.



o julgado traz à tona a questão da responsabilidade civil coletiva ao disciplinar indenização referente a uma lesão cujo dano não se pode mensurar e cujos lesados não são determináveis e quantificáveis.

O teor do art. 944 do Código Civil de 2002 mostra-se insuficiente e linear diante da problemática da responsabilidade civil em se tratando de direitos transindividuais e intangíveis. O referido artigo preleciona que a indenização se mede pela extensão do dano. Entretanto, em se tratando de danos extrapatrimoniais a mensuração e quantificação dos prejuízos efetivamente sofridos restam-se inviabilizados. Por esta razão, a redação consolidada no Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil prescreve que: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.<sup>43</sup>

Diante de tal lacuna, as prestações punitivas e dissuasórias são invocadas em caráter subsidiário e como instrumento de tutela efetiva de direitos fundamentais.

## **8. A APLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA PARA PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Com relação ao âmbito de incidência da indenização punitiva, sobretudo em sede de danos patrimoniais, tem-se que a tutela protetiva do direito consumerista inclui-se dentre os princípios gerais que informam a ordem econômica nacional, justificando a necessidade de regulamentação incisiva apta a guarnecer a classe consumidora face as insurgências de nocivas técnicas de mercado.

Nesse viés, segundo a dicção do princípio da defesa do consumidor, a atividade econômica deve ser desenvolvida em cotejo com a proteção da parte mais vulnerável na relação de consumo. Ressalta-se que implementação de medidas protetivas são de responsabilidade do Estado, ao se responsabilizar pela edição de leis, atos e sentenças benéficas ao consumidor, assim como os agentes econômicos, os quais devem regular suas atividades em observâncias às regras e princípios instituídos pelo Estado para tal mister.

Com efeito, o recrudescimento da atividade industrial, a ênfase do processo de globalização econômica despertou a necessidade de reformulação das políticas e regimes jurídicos incidentes sobre atividades econômicas, de modo a oferecer respostas satisfatórias às

---

<sup>43</sup> Jornadas de direito civil: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso: 01 de agosto de 2013.

pretensões resistidas em razão do novo cenário econômico. Nesse sentido, a CF/88 em seu art. 5º, inciso XXXII, alberga a proteção consumerista ao asseverar que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>44</sup>. Tratou-se de importante avanço no campo da cidadania, estabelecendo a prerrogativa de defesa do consumidor como a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Assim, a instituição da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 representou a tutela legal e pormenorizada da categoria de consumidores, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, com fins a manter equilíbrio entre os agentes econômicos, asseverando a fragilidade do consumidor na relação de consumo. Em suma, o Código de Defesa do Consumidor compõe-se de um compêndio de normas e instrumentos legais com a finalidade precípua de proteger o consumidor no mercado econômico, elaborando um conjunto normativo específico para tutela das relações de consumo.

Enfatiza-se que a interpretação dos instrumentos protetivos no bojo do Código de Defesa do Consumidor deve ser realizada ao se considerar que as relações de consumo são vinculadas ao sistema de produção massificado, necessitando privilegiar-se o coletivo e o difuso, e ainda, o fato de as relações de consumo serem fixadas previa e unilateralmente pela parte fornecedora, vinculando uma grande categoria de consumidores.

Desta feita, áreas voltadas para relações de massa, tal como o direito do consumidor, torna-se mais suscetíveis à introdução de procedimentos maliciosos de muitas empresas, visto que o resultado dano é distribuído entre os lesados, e quando individualizado é de inexpressivo valor. Eis que, a prática de violação a direitos consumeristas passa a se cristalizar no seio social, pois prejuízos inexpressivos pecuniariamente não redundará em muitas demandas judiciais, fortalecendo a racionalização da produção baseada no lucro nocivo ao direito alheio.

A par deste contexto, o consumidor é considerado em patamar de vulnerabilidade, a qual se manifesta de diversas formas, seja ela técnica, em razão de o consumidor não deter conhecimento especializado para aferir a qualidade do produto, seja ela jurídica ou científica, na qual o consumidor contrata profissional para execução de atividade em que é leigo, seja ela fática ou socioeconômica, quando o consumidor encontra-se desprotegido face ao grande porte e exigências do fornecedor, gerando patente desequilíbrio nas relações de consumo.<sup>45</sup> Com efeito, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem recordam que “o princípio da proteção

---

<sup>44</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988.

<sup>45</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.

do consumidor consagrado na Constituição da República, tanto como direito fundamental, quanto como princípio da ordem econômica, dá causa à transformações em diversos institutos jurídicos, como por exemplo nos contratos e na responsabilidade civil”.<sup>46</sup>

Diante de tamanho desequilíbrio, urge impingir punição incisiva e efetiva às empresas e fabricantes que balizam suas atividades econômicas com vistas à obtenção de lucro em detrimento de respeito à segurança e bem-estar dos consumidores, violando a cláusula geral de boa-fé objetiva. Não obstante a previsão de várias medidas protetivas ao consumidor, introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda faz-se necessária a aplicação de medidas cujo caráter precípua fosse punitivo e dissuasório, ao se considerar que danos oriundos da relação de consumo, muitas vezes, transcendem liames individualizados, representando potencial danoso à toda sociedade.

Recorda-se que, por ocasião da instituição do Código de Defesa do Consumidor, o legislador ressaltou a possibilidade de incidência de indenização punitiva, tendo tal dispositivo sido vetado. Em atenção à incidência de função punitiva, o vetado texto assim previa:

“Art. 16 – Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço eu provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.<sup>47</sup>

Todavia, a jurisprudência nacional, bem como o setor político, têm atuado no sentido de fortalecer a tutela consumerista com vistas à previsão da indenização punitiva. Exemplarmente, cita-se, conforme informações do Diário do Senado, a apresentação de Projeto de Lei proposto pelo senador Renato Casagrande, com vistas a alteração do artigo 944 do Código Civil, cujo novo texto teria a seguinte redação: “A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva”.<sup>48</sup> Nesse sentido, o Senador Renato Casagrande justificou a necessidade de referida alteração ao sustentar que a atividade empresarial é orientada pela perspectiva de cumprimento de ordens legislativas somente quando tais ordens são consideradas economicamente convenientes. Assim, o primado da lei é admitido por tais empresas como um componente integrante do custo e risco do processo produtivo. Logo, caso se vislumbre lucratividade, o desrespeito aos direitos dos consumidores é deflagrado. Desse

---

<sup>46</sup> **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 150-151.

<sup>47</sup> BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>48</sup> BRASIL. Código civil. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

modo, a necessidade de um instrumento cuja função nodal seja punir e dissuadir comportamentos reiterados de lesão aos indivíduos e coletividade é imperiosa, manifestando-se sob a rubrica da indenização punitiva.<sup>49</sup>

Ainda, cite-se exemplo de aplicação da indenização punitiva em decisão proferida pela 3ª Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul, no julgamento do Recurso inominado de nº 71001249796. No caso em tela, uma empresa de loteria oferecia cartelas para sorteio de prêmios entre os participantes, cujo sorteio ocorreria semanalmente. Todavia, a investigação da Polícia Federal apontou a realização de tais sorteios por meio de mecanismos fraudulentos. A fraude era realizada por meio de um programa computadorizado que permitia a escolha dos números a serem sorteados pela máquina de bingo. Em sede judicial, uma apostadora deduziu pretensão ressarcitória em danos morais e matérias em desfavor da empresa que prestava o serviço. Por ocasião de julgamento, a vítima foi teve seu pedido indenizatório em âmbito de danos materiais deferido. Todavia, ainda que não reconhecida a pretensão de danos morais à autora, a aplicação da indenização punitiva é invocada no presente caso, encaminhando a indenização ao fundo de defesa do direito dos consumidores. Para fins de exemplificação, colaciona-se à ementa do caso em comento, a saber:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1.Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. 2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. 4.Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que

---

<sup>49</sup>PLS – Projeto de Lei do Senado, Nº 413 de 2007. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/pdf/sf/2007/07/100722007/23043.pdf>>. Acessado em 15/02/2014.

propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor”. (RO n. 71001249796, Terceira Turma Recursal Cível, unânime. PRESIDENTE E RELATOR: DR. EUGÊNIO FACCHINI NETO, julgado em 27 de março de 2007).<sup>50</sup>

Assim, fato é que a sociedade de consumo e produção em massa possibilitam ao fornecedor integralizar na oferta de seus produtos, os custos de eventuais indenizações provocadas pela exposição de seus produtos/serviços ao mercado. Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, afirma que: “(...) diante do consumidor, o grande fornecedor pode dispor de um recurso a mais: o custo da indenização pode entrar no seu cálculo de custos de produção, sendo posteriormente repassado no custo das mercadorias. Se o custo é tal que pode ser facilmente suportado pelo mercado, a responsabilidade é absorvida como risco da empresa.”<sup>51</sup> Logo, o autor deduz que “a responsabilidade civil do fabricante, mesmo quando definida nos termos de responsabilidade objetiva pode não surtir os efeitos imaginados de desestímulo se funcionar para empresa calcular seus custos de produção e concluir que mesmo assim vale à pena correr determinados riscos”.<sup>52</sup>

Por fim, considerando-se a indenização punitiva como realidade no sistema jurídico brasileiro, ainda que incipiente, certo é que a tutela do consumidor urge por maior proteção legislativa, com a introdução de normatização cuja função nodal seja punir e dissuadir a prática reiterada de condutas danosas.

A adequação dos *punitive damages*, sob a rubrica de indenização punitiva presta-se a suprir a insuficiência do paradigma compensatório da responsabilidade civil, inibindo as inaceitáveis práticas maliciosas, fraudulentas e prejudiciais impostas pelo poderio empresarial, o qual imbuído pela massificação do processo econômico, desrespeita flagrantemente medidas legais para fins de obtenção de lucro, representando potencial nocivo não somente em âmbito individual, mas sim, configurando insegurança ao corpo social, caracterizando verdadeiro dano social.

Ressalva-se, todavia, que a adequação da indenização punitiva ao sistema jurídico brasileiro deverá ser feita em sede consumerista, observando-se a culpabilidade do agente

---

<sup>50</sup> BRASIL.3ª Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul, no julgamento do Recurso inominado de nº 71001249796.

<sup>51</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo, RT, 1992, p.94.

<sup>52</sup> Op. cit., p. 95.

ofensor, relegando à análise com espeque na responsabilidade objetiva as pretensões indenizatórias por perdas e danos.

## CONCLUSÃO

Apesar do reconhecimento por parte do STJ das prestações punitivas e dissuasórias da responsabilidade civil, o tema é objeto de críticas por grande parte da doutrina. Os argumentos contrários apontam os danos punitivos como verdadeiras sanções penais, em contrapartida com um instituto de direito privado que visa somente compensar o dano sofrido. Ora, resta demonstrada a necessidade de ampliação das funções da responsabilidade civil, visto que o instituto não visa somente a reparar, mas restabelecer um equilíbrio rompido, o qual muitas vezes não é contemplado exclusivamente com a compensação do dano.

Os danos punitivos também são visto como sucedâneos de enriquecimento sem causa à vítima do dano, pois as prestações pecuniárias concedidas excedem o valor do prejuízo sofrido. Com relação a essa proposição, ressalta-se que o montante indenizatório excedente muitas vezes é revertido às entidades públicas ou privadas relacionadas ao bem afetado. No mais, os casos em que o valor excedente é concedido à vítima, deve-se atentar aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que a quantia concedida seja justa.

Outra manifestação contrária é a que acusa a indenização punitiva como instrumento de mercantilização da prestação jurisdicional, concedendo indenizações milionárias e caracterizando a “loteria” do judiciário. Em que pese esse posicionamento, é imperioso salientar que as prestações punitivas ou dissuasórias são concedidas em observância aos princípios consectários da Constituição Federal (CF/88) e em atenção à realidade econômica, financeira e social do país. Assim, os parâmetros norte-americanos de quantificação das prestações punitivas devem ser relativizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, os já mencionados princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem permear a convicção do magistrado no momento de quantificação do valor indenizatório, fazendo a devida correlação com a reprovabilidade da conduta a ser punida e as funções de punição e reparação perseguidas pela responsabilização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de La responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMIRANTE, Carlo. **I diritti una nitra dimensione normative e dimensione giurisdizionale?** Napoli: Alfredo Guida Editore, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social**. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.559, 17 jan. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183) >. Acesso em 15 de Fevereiro de 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp. 215607/RJ. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. DJ 13 set. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp. 598281 / MG; RECURSO ESPECIAL. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavasck. DJ 01 jun. 2006.

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. v.XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Tradução Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

GALLO, Paolo. Pene private e responbilità civile. Milano: Giuffrè, 1996.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano Pessoal na sociedade de Risco**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

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

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, 2ª Ed. revista e atualizada por Ovídio Rochas Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LOPES, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LIMA, José Reinaldo Lopes. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos da responsabilidade civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 93, out. 1991.

\_\_\_\_\_; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>. Acesso: 15 jul. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana - Uma leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil**. In: Revista dos Tribunais, v. 761, mar. 1999.

PEIRONE, Mauro. **I danni punitivi**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/pdf/sf/2007/07/100722007/23043.pdf>. Acesso em 15 de fev. 2014.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PLS – Projeto de Lei do Senado, N° 413 de 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/pdf/sf/2007/07/100722007/23043.pdf>. Acessado em 15/02/2014.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHLUETER, L. e REDDEN, K.R. **Punitive damages**. New York: Lexis Pub, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 4ed. São Paulo: Método, 2009.

TEPEDINO, Maria Celina B.M. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul.-set.1993.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MARKESINIS, Basil; DEAKIN, Simon; ANGUS, Johnston. **Tort Law**. Seventh edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

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

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - Da reparação a punição e dissuasão - Os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VINEY, Geneviève. **Le déclin de la responsabilité individuelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.