

## INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil, na mais das vezes, tendo em vista a velocidade em que a sociedade se desenvolve, exige que se busquem fontes de direito estrangeiro para solucionar as questões que se propõem perante o judiciário e mesmo em âmbito extrajudicial.

É cediço que o legislador não tem condições de acompanhar a velocidade do desenvolvimento da sociedade, surgindo, diante desse quadro, situações específicas não amparadas ou regulamentadas pela Lei.

Tais questões, postas em juízo, necessariamente necessitam de respostas, de provimento, hipótese em que o julgador, em muitos casos, necessita fundamentar sua decisão utilizando-se da analogia, costumes ou princípios gerais do direito. A analogia, na mais das vezes, se socorre de interpretações jurídicas aplicados a casos análogos (ou idênticos) ocorridos em países estrangeiros.

Nessa linha de raciocínio, cabível dentro do estudo da responsabilidade civil, o estudo dos *punitive damages*, tema este fonte de intensas discussões, não só no Brasil, como também nos países nos quais tal instituto já é tradicional e culturalmente aceito e aplicado.

A pretensão do presente artigo é realizar um estudo dos *punitive damages*, também conhecido por indenização punitiva<sup>1</sup>, analisando especialmente os pressupostos, princípios, critérios jurídicos e funções verificados nos Estados Unidos, país onde a indenização punitiva possui uma extensa bibliografia.

Fixados tais pressupostos, analisar-se-ão alguns casos ocorridos nos Estados Unidos, os quais servirão de ilustração para o estudo da indenização punitiva, e cujas conclusões poderemos utilizar para refletir acerca da viabilidade e correção da aplicação do instituto no Brasil.

### 1. OS *PUNITIVE DAMAGES*

#### 1.1 – Conceito e origens.

Também chamados “*exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*,” consistiria na quantia paga ao lesado num valor expressivamente superior ao necessário para a reparação ou compensação dos danos, havendo uma dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplariedade da punição (*deterrence*) diferentemente do que se verifica

---

<sup>1</sup>MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: *punitive damages*** e o Direito Brasileiro. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005, p. 16.

no caso dos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, estabelecido tão somente com o escopo de ressarcir o prejuízo (Martins Costa, 2005, p. 16).

Owen (1994, p. 364), por sua vez, assim conceitua os *punitive damages*:

“PUNITIVE” or “exemplary” damages’ are money damages awarded to a plaintiff in a private civil action, in addition to and apart from compensatory damages, assessed against a defendant guilty of flagrantly violating the plaintiff’s rights. The purposes of such damages are usually said to be (1) to punish the defendant for outrageous misconduct and (2) to deter the defendant and others from similarly misbehaving in the future<sup>2</sup>.

Segundo Martins Costa e Pargendler<sup>3</sup> (2005, p. 19) tal modalidade de indenização tem suas origens em culturas antigas. O Código de Hamurabi, de acordo com Rustad e Koenig (1993, p. 1.285)<sup>4</sup> em seu parágrafo 8º predizia:

Se alguém roubar um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou um bode, se a coisa pertence a um Deus ou à Corte, o ladrão deverá pagar trinta vezes seu valor, se pertence a um liberto, deverá pagar dez vezes seu valor, se o ladrão não tem nada com o que pagar ele deverá ser morto.

Citam, ainda que na Bíblia no seu antigo testamento: V. Êxodo, 22:1: “Se alguém furta um boi ou uma ovelha e o matar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e por uma ovelha quatro ovelhas”. Outros institutos semelhantes foram encontrados nas antigas leis da Babilônia, Grécia e no Código Hindu de Manu.

Rustad e Kenig (1993, p. 1.286), assim como Martins Costa e Pargendler (2005, p. 17), indicam que o primeiro caso moderno registrado em que se verificou a aplicação do instituto remonta a Inglaterra do século XIII, estando o mesmo previsto no *Estatute of Councester*, de 1278.

Rustad e Koenig (1993, p. 1287-1288) apontam, ainda, que a Inglaterra do século XVIII tem um caso emblemático, ocorrido em 1763. Trata-se do caso Wilkes x Wood, no qual os *punitive damages* foram concedidos a um editor após o secretário de Estado do Rei, suspeitando que a vítima houvesse publicado um libelo sobre o Rei, determinou uma revista da casa e propriedade deste, sem, contudo, obter o necessário mandato. O *Chief of justice Pratt* entendeu que a concessão “*satisfies the injured person, punishes the guilty, deters such actions in the future, and shows the jury’s detestation of the wrongful conduct*”.

---

<sup>2</sup> Os danos punitivos são indenizações em dinheiro concedidos a um autor numa ação civil privada, a mais e dissociado dos danos compensatórios, a ser pago por um réu culpado de flagrantemente violar os direitos do autor. O propósito de tal indenização são comumente (1) punir o réu por ultrajante conduta ilegal e (2) evitar que a conduta volte a se repetir pelo réu ou por outros que não participaram da demanda (trad. Livre)

<sup>3</sup>MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: *punitive damages*** e o Direito Brasileiro. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005.

<sup>4</sup>RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas. **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers**. American University Law Review 42, no. 4 (Summer 1993): 1269-1333.

Vê-se, portanto, que a indenização punitiva, ao contrário do que poderia imaginar o senso comum, tem origens milenares e, modernamente, era aplicado na *common law*, já na Inglaterra do século XIII.

Todavia, foi nos Estados Unidos da América que o instituto ganhou maior notoriedade, especialmente em função das cifras envolvidas.

De acordo com Rustad e Koenig (1993, p. 1290-1291), o primeiro caso reportado de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América ocorreu em 1784, quando Genay ajuizou ação contra Norris, que era médico, visando ser indenizado pela sua conduta reprovável. A Suprema Corte acolheu o pedido do que chamou de “*vindictive damages*” contra um médico. O autor e o médico, ambos intoxicados, acordaram em realizar um duelo. O médico, no entanto, propôs um “*drink*” de reconciliação colocando no copo de vinho do autor uma dose de cantáridas (uma substância que causa dor excruciante em quem a toma).

Outro caso que merece citação é o Corvell x Colbaugh, de 1791, ocorrido em New Jersey, no qual o júri acolheu o pedido do que chamou de “*example’s sake*”, condenando um réu a indenizar a sua noiva, por quebra de promessa de casamento<sup>5</sup>.

Repare que, nessa época, conclusão dada por Rustad e Koenig (1993, p. 1292-1293), a indenização punitiva era aplicada contra “*bullies*” que oprimiam os social e fisicamente mais fracos, contra violência, estupro e assédio sexual contra mulheres e, em alguns remotos casos, para punir violência motivada por racismo.

A pesquisa levada a cabo por Rustad e Koenig (1993, p. 1295) concluiu que a partir do século XIX, a aplicação doutrinária deixou de visar os indivíduos poderosos passando a buscar a punição das grandes corporações que se utilizavam de seu poder econômico para obter vantagens, muitas vezes ilegais. A aplicação dos *punitive damages* era uma das poucas efetivas armas de controle social usadas para fiscalizar os mais poderosos interesses que não eram protegidos pela lei criminal.

Os autores citados no parágrafo anterior aduzem que nesta época as empresas ferroviárias sofreram inúmeras condenações diante de atos de seus funcionários que maltratavam mulheres, crianças e deficientes, havendo relatos de casos em que as pessoas chegavam a ser jogadas do trem em movimento, inclusive.

---

<sup>5</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas. **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers**. American University Law Review 42, no. 4 (Summer 1993): 1269-1333, p. 1291.

Contemporaneamente os *punitve damages* nos Estados Unidos são aplicados especialmente nos casos de consumidores lesados, em que não há necessariamente o dolo dos fornecedores em causar dano, mas resta evidenciada uma falha na “*liability*” dos produtos, verificada nos casos em que as companhias se mostram descuidadas em relação ao marketing ou falham no “recall” de produtos defeituosos que são perigosos à integridade dos consumidores.

Muito recentemente, segundo Rustad e Koenig (1993, p. 1.305), alguns Estados admitem os *punitive damages* não somente em relação aos casos de *torts* (responsabilidade civil extracontratual), mas também em casos de responsabilidade civil contratual, como na ação movida pela TXO Production Corp. v *Alliance Resources Corp*, julgada pela Suprema Corte em 1992.

Com isso, de antemão já se pode antecipar que, esses casos denotam que o foco dos *punitive damages* não é na reparação da vítima e sim na conduta execrável do ofensor, objetivando puni-lo, com a finalidade de prevenir a ocorrência e reprodução da mesma, sendo impossível sua aplicabilidade nos casos de responsabilidade civil objetiva, haja vista a necessidade de se comprovar o grau de culpa verificada na conduta do ofensor.

## **1.2 – Funções dos *Punitive Damages*.**

Conforme visto acima, a própria argumentação que sustenta a aplicação da indenização punitiva já fornece meios para se identificar quais seriam suas funções. Segundo SEBOK (citado por Saraiva, 2006, p. 18) seriam 5 (cinco) as funções da indenização punitiva: i) educação (*education*); ii) reforço da lei (*law enforcement*); iii) prevenção pela exemplaridade (*deterrence*); iv) retribuição (*retribution*); v) compensação (*compensation*).

A primeira das finalidades reportadas é a educativa, dizendo respeito ao impacto instrutivo e disciplinador que a concessão de uma quantia adicional e autônoma àquela compensatória tem, tanto no ofensor, quanto em terceiros, de modo a evitar certas condutas consideradas ultrajantes.

A segunda função, que diz respeito ao reforço da lei, visa que a indenização sirva para reforçar nos indivíduos a norma, princípios e valores, de forma mais intensa do que uma simples compensação do dano.

Quanto à prevenção pela exemplaridade, considerada pela maior parte da doutrina a função mais importante da indenização punitiva, caracterizando-se pela concessão da

indenização em favor da vítima como punição ao ofensor, deixando clara o repúdio à sua conduta, prevenindo a sua repetição.

A função da punição consiste na punição do autor da ofensa e restauração da honra do ofendido, representando o ofendido toda a sociedade, como se a sociedade punisse o réu.

Portanto, reprise-se, o foco dos *punitive damages*: não é na reparação da vítima e sim na conduta execrável do ofensor, objetivando puni-lo, com a finalidade de prevenir a ocorrência e reprodução da mesma, sendo mais restrita sua aplicabilidade nos casos de responsabilidade civil objetiva, haja vista a necessidade de se comprovar o grau de culpa verificada na conduta do ofensor.

## **2. ESTUDO DE CASOS.**

### **2.1 – O caso do Ford Pinto.**

A partir da década de 1960 a Ford esteve envolvida numa luta comercial visando competir no mercado americano de carros compactos, iniciando em 1968, o projeto do veículo que alcunhou de Ford Pinto. Esse veículo, segundo as diretrizes da empresa deveria possuir um custo “nem um centavo maior” do que U\$ 2.000,00 (dois mil dólares), de modo que foi concebido, projetado e produzido num prazo 25 meses, isto é, 18 meses menos do que os 43 comumente utilizados por todas as montadoras. Óbvio que não havia preocupação com novos dispositivos de segurança, muito menos foi instalado um novo e mais seguro sistema de tanque de combustível, sendo que a Ford vinha, desde 1970, se opondo à implementação de um padrão federal de segurança em tanques de combustível, denominado FMVSS 301, apesar dos alertas de seus próprios engenheiros (SARAIVA, 2006, p. 9).

O que a Ford queria era um veículo competitivo e com boa margem de lucro. Assim, visando a um menor custo de produção realizou uma adaptação no posicionamento do tanque de combustível que ficou particularmente deslocado para a parte traseira do veículo, a poucos centímetros da conhecida “zona de impacto”<sup>6</sup>.

A fase de testes constatou a falha no projeto com constantes explosões e incêndios em quaisquer colisões traseiras acima de 32 km/h. Ao invés de rever todo o projeto, a Ford promoveu uma análise de custo benefício<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> SARAIVA, Leonardo Freire. *Punitive Damages e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros*. Monografia (Graduação), Curso de direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 9.

<sup>7</sup> Idem, Ibidem, p. 10.

Na referida análise projetou-se a ocorrência de 180 acidentes, aos quais foram atribuídos o montante indenizatório normalmente concedido pelos tribunais americanos (200 mil dólares em caso de morte e 67 mil dólares em caso de lesões graves) somada à indenização patrimonial decorrente da perda do veículo. Essas perdas gerariam um prejuízo total de cerca de 49.5 milhões de dólares. Já, para corrigir o defeito de todos os veículos comercializados, a Ford imaginava que gastaria cerca de 137.5 milhões de dólares.

A prova número um que visava realizar uma análise de custo e benefício para a produção fazia a seguinte projeção:

**Exhibit One: Ford's Cost/Benefit Analysis<sup>8</sup>**

Benefits

- Savings: 180 burn deaths, 180 serious burn injuries, 2,100 burned vehicles
- Unit cost: \$200,000 per death, \$67,000 per injury, \$700 per vehicle
- Total benefit:  $(180 \times \$200,000) + (180 \times \$67,000) + (2,100 \times \$700) = \underline{\underline{\$49.5 \text{ million}}}$

Costs

- Sales: 11 million cars, 1.5 million light trucks
- Unit cost: \$11 per car, \$11 per truck
- Total cost:  $12.5 \text{ million} \times \$11 = \underline{\underline{\$137.5 \text{ million}}}$

Nesse contexto, segundo o estudo da Ford, caso realizasse um *recall* visando solucionar o problema (que tinha um custo de U\$ 11,00 – onze dólares – por carro), teria um prejuízo de U\$ 137 milhões de dólares, enquanto que a expectativa de indenizações, mediante a projeção da quantidade de acidentes e feridos era de U\$ 49.5 milhões de dólares.

No caso Grimshaw x Ford, o júri condenou a montadora a pagar uma indenização de 125 milhões de dólares a título de *punitive damages*, sendo que após diversos recursos a Ford conseguiu reduzir o montante para 3,5 milhões de dólares<sup>9</sup>.

No segundo caso, o processo correu no âmbito criminal e a Ford foi considerada inocente de ter cometido homicídio<sup>10</sup>.

Percebe-se neste caso o manifesto intuito da indenização punitiva de punir a conduta abominável, nitidamente comprovada nos autos de ambos os casos (com a ressalva de que houve condenação apenas no âmbito civil). Em tese outra função que se observa evidente no presente caso é a de exemplaridade, no sentido de que se evitem condutas semelhantes no futuro.

---

<sup>8</sup>From Ford Motor Company internal memorandum: "Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires." Source: Douglas Birsch and John H. Fielder, THE FORD PINTO CASE: A STUDY IN APPLIED ETHICS. BUSINESS, AND TECHNOLOGY. p. 28.1994.

<sup>9</sup> LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case: The Valuation of Life as it Applies to the Negligence-Efficiency Argument.** 1999. Acessado em: < <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> em 07 de mar de 2013.

<sup>10</sup>Idem, ibidem.

## 2.2 – O caso da queimadura de Café do McDonald's.

Ryan (2003, p. 77) cita um caso de uma indenização punitiva inicialmente fixada no valor de U\$ 2.7 milhões, contra o McDonald's diante de queimaduras sofrida por uma consumidora, decorrente do derramamento de um copo de papelão fornecido pela rede de alimentos ao sair do *Drive Through* de um de seus estabelecimentos.

À primeira vista se entenderia um claro exagero na quantificação da indenização, no entanto, ao se analisar os fatos, se percebe até uma certa proporcionalidade na indenização, que posteriormente foi reduzida, redundando num acordo entre as partes litigantes.

A Senhora Liebeck estava sentada no banco de passageiro do carro de seu neto, segurando um café que ela havia acabado de adquirir num *drive-through* do McDonald's. Quando a passageira abriu a tampa de seu copo de café para adicionar açúcar e creme a ele, acidentalmente derramou café em seu colo, sendo que o copo de café era feito de isopor e não era firme o suficiente<sup>11</sup>.

A calça de moletom usada por Liebeck absorveu o café e o manteve próximo à sua pele. Um cirurgião vascular atestou que ela sofreu queimaduras de terceiro grau por cerca de mais de 6% (seis por cento) de seu corpo, incluindo a parte interna de suas coxas, virilha, nádegas e genitália, ficando hospitalizada por 8 (oito dias), período em que sofreu diversos enxertos de pele<sup>12</sup>. Como resultado das queimaduras e cirurgia, Liebeck ficou com cicatrizes permanentes em 16% (dezesseis) por cento de seu corpo<sup>13</sup>.

Inicialmente a vítima contactou o McDonald's para ser ressarcida das despesas médicas, que na época totalizaram cerca de U\$ 11.000,00 (onze mil dólares). O McDonald's fez uma contraproposta no valor de U\$ 800,00 (oitocentos dólares). Com o fim do tratamento médico, Liebeck havia gastado cerca de U\$ 20.000,00 (vinte mil dólares) e decidiu contratar um advogado. Como parte do processo de tentativa de conciliação, um mediador sugeriu que as partes fizessem acordo no valor de U\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil dólares), valor este recusado pelo McDonald's<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 77.

<sup>12</sup>Consumer Attorneys of California, *Know the Facts: The McDonald'sCoffee Case*, at <http://www.caoc.com/facts.htm> (last visited Nov. 15, 2002)

<sup>13</sup>Stella Award Subscriptions, *Opportunists and Self-Described Victims,Plaintiffs v. Any Available Deep Pockets and the United States Justice System,Defendants*, at <http://www.stellaawards.com/stella.html> (last visited Nov. 17, 2002)

<sup>14</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 80

O caso era de competência do Tribunal de Estado do Novo México, nos Estados Unidos, no qual restou comprovado que o café do McDonald's era servido numa temperatura entre 165-170 graus Fahrenheit (o equivalente a 73,88° a 76,66° Celsius), temperaturas estas mais elevadas que as verificadas em outras cadeias de *fastfood*<sup>15</sup>. Não obstante o aviso advertindo os consumidores de que o café estava quente, Liebeck arguiu como relevante as seguintes circunstâncias: (a) que o café servido o era em temperaturas mais elevadas do que as verificadas em outras cadeias de *fastfood*; (b) que os copos de isopor eram frágeis e inadequados para o manuseio de material quente; (c) que a tampa dos copos não era adequada para se utilizar no *drive-through* e (d) que o McDonald's estava ciente de que estas circunstâncias haviam causado danos a outros consumidores. Este último critério, segundo Ryan (2003), foi o decisivo quando da fixação da indenização punitiva.

Durante o julgamento a vítima demonstrou que o McDonald's já havia ignorado mais de 700 (setecentas) reclamações semelhantes envolvendo queimaduras por café. A companhia ignorou um pedido escrito do Instituto *Shrines Burn*<sup>16</sup> de Cincinnati para reduzir a temperatura de seu café, já que seu presidente afirmou que a temperatura do café servido era “demasiada quente para o consumo humano e extremamente perigosa<sup>17</sup>”. Restou asseverado por esse mesmo presidente que a maior temperatura que tornava o café consumível era de 154° Fahrenheit (67,77° célsius), temperatura ainda acima do que normalmente se verificada no café caseiro, geralmente servido entre 135 e 140° Fahrenheit (ou 57,22 e 60° célsius).

Restou provado que houveram cerca de 700 (setecentos) outros casos de queimaduras e que antes do ajuizamento desta ação o McDonald's já havia pago mais de U\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) em reparação de danos. Ainda assim, a rede se recusou a mudar a temperatura do café<sup>18</sup>.

Os jurados entenderam que o McDonald's agiu de forma intencional, imprudente, maliciosa ou temerária, que são os *standarts* para a aplicação da indenização punitiva. O advogado da senhora Liebeck provou que o McDonald's tinha um lucro de U\$ 1,35 milhões de dólares por dia só com a venda de café. Assim, como medida dos *punitive damages* deveria ser calculado o equivalente a um ou dois dias do lucro da companhia, sendo que a corte chegou à conclusão de que o valor devido deveria ser o equivalente a dois dias.

---

<sup>15</sup>LIABILITY WEEK, Vol. 12, No. 38, Sept. 29, 1997

<sup>16</sup> Santuário dos queimados (trad. livre)

<sup>17</sup>Dan Shaw, *Coffee, Tea, or Ouch?*, N. Y. Times, Oct. 12, 1994, at C1.

<sup>18</sup>RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**. ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 81.

A senhora Liebeck ainda teve a seu favor a indenização de U\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) a título de despesas médicas, honorários de advogados e danos morais, sendo que o júri entendeu que ela também era culpada, na proporção de 20% (vinte por cento), reduzindo tal indenização para U\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares).

A corte de apelação reduziu a indenização dos *punitive damages* para U\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil dólares), somado aos U\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) de indenização, o que totalizava U\$ 640.000,00 (seiscentos e quarenta mil dólares). Após isso, as partes fizeram acordo, sendo que algumas fontes citadas por Ryan (2003) citam que o valor foi de U\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares).

Nesse sentido, não obstante, à primeira vista se vislumbrar um caso de exagero na indenização do caso concreto, percebeu-se que a investigação levada a cabo pelos advogados da senhora Liebeck demonstrava uma conduta temerária do McDonald's em relação à segurança dos seus consumidores, o que certamente foi alterado após a condenação em *punitive damages*, donde se vislumbra a função de educação deste instituto.

### **2.3 – O caso BMW x Gore.**

Ryan (2003, p. 83) delinea com um excelente nível de detalhes o caso BMW x Gore, que serve de um excelente exemplo da redução da indenização punitiva posta em prática. O autor da ação, um médico chamado Ira Gore Jr., comprara um novo BMW 535i, ano 1990, de uma revendedora no Alabama, por um valor aproximado de U\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) à época.

No dia da venda o senhor Gore assinou um “*Acknowledgement of Disclosure*” (aviso de divulgação), no qual se cientificou de que o automóvel comprovado poderia ter sofrido algum tipo de dano em algum ponto antes da compra. Também dizia que o senhor Gore havia inspecionado o carro e acordado em aceita-lo. No entanto, o formulário de aviso não listava os reparos que foram efetuados e nem especificava a checagem do cliente em relação à qualidade da pintura<sup>19</sup>.

O médico utilizou o veículo por cerca de nove meses antes de leva-lo a um outro estabelecimento para deixar a pintura ainda mais reluzente do que o normal. O funcionário deste estabelecimento informou ao Dr. Gore que o veículo havia sido parcialmente repintado, sendo que o médico, posteriormente, descobriu que a pintura do mesmo havia sido danificada

---

<sup>19</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 83.

por uma chuva ácida ocorrida durante o trânsito entre a fábrica da BMW na Alemanha e a fábrica de manutenção na cidade de Brunswick, estado da Geórgia. A BMW dos Estados Unidos havia adotado a política de que não iria divulgar qualquer dano aos compradores e revendedores de veículos cujo custo de manutenção não ultrapassasse o valor equivalente a 3% (três por cento) sobre o valor do seu valor de revenda. O conserto no carro do Dr. Gore foi U\$ 601,00 (seiscentos e um dólares) abaixo dos três por cento estabelecidos, assim, não foi divulgado ao cliente que o veículo foi danificado e consertado antes da venda<sup>20</sup>.

O júri, contudo, entendeu que o dano desvalorizava o veículo em U\$ 4.000,00 (quatro mil dólares), o equivalente a 10% (dez por cento) do valor do veículo, baseado no fato de que a manutenção da pintura feita nos Estados Unidos não utilizava a técnica de “*superheating*” (super aquecimento) utilizada na Alemanha<sup>21</sup>.

A partir dessa descoberta, o Dr. Gore processou a BMW da Alemanha e dos Estados Unidos, alegando que a falha no aviso de repintura do veículo constituía fraude, supressão de fato material e uma quebra do contrato. Durante o julgamento Dr. Gore conseguiu demonstrar evidências de que o conselho executivo da BMW adotou a citada política no ano de 1983 com a deliberada e fraudulenta intenção de omitir às revendedoras e consumidores que os veículos haviam sido repintados, independentemente da extensão do dano ou do custo dos reparos.

Evidências apresentadas posteriormente mostraram que, pelo menos, 983 (novecentos e oitenta e três) outros veículos, cada um com pelo menos o equivalente a U\$ 300,00 (trezentos dólares) em danos, foram vendidos para consumidores americanos sem qualquer suspeita. Dr. Gore tentou demonstrar que esses números, mesmo expressivos, ainda eram inferiores e subestimados para demonstrar o programa da BMW de fraude levado à cabo em todos os Estados Unidos<sup>22</sup>.

Alegava que, vendendo carros danificados por mais do que eles realmente valiam, a BMW havia colhido milhões de dólares por toda nação mediante esta fraude contra o consumidor. O Júri deu ganho de causa ao Dr. Gore, concedendo uma indenização de U\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) pela pintura danificada e mais U\$ 4 milhões de dólares a título de indenização punitiva contra a BMW<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 83.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, p. 84.

<sup>22</sup> Idem, ibidem, p. 84.

<sup>23</sup> Idem, ibidem, p. 84.

O caso foi para a Suprema Corte do Estado do Alabama, que concordou que a conduta da BMW foi repreensível e merecia ser punida. Todavia, foi considerado que os atos fraudulentos que foram realizados fora do Estado do Alabama não poderiam ser considerados a título de *punitive damages* reduzindo seu valor para U\$ 2 milhões de dólares.

A BMW recorreu para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que aceitou o caso através de um precedente desta conhecido como *certiorari*<sup>24</sup>. A Suprema Corte dos Estados Unidos enviou o caso de volta para a Suprema Corte de Alabama, deixando em branco o valor da indenização anteriormente fixada em U\$ 2 milhões de dólares, afirmando que nenhum dos fatores agravantes associados com condutada particularmente repreensiva estavam presentes.

O Juiz Stevens, ao escrever para a Suprema Corte, afirmou que a desconformidade do caso em relação à Constituição dos Estados Unidos deveria ser observada, em particular a cláusula do devido processo legal, prevista na emenda 14, que proibia um estado de impor uma condenação “grosseiramente excessiva” ao ofensor. Se uma indenização poderia ser justamente considerada como “grosseiramente excessiva” em relação à legitimação do interesse do estado, ela entra na chamada “zona de arbitrariedade” que viola a cláusula do devido processo Legal, prevista na emenda 14.

Para auxiliar as cortes inferiores em determinar os limites constitucionais dos *punitive damages*, para este caso e futuros, a Corte ofereceu três “*guideposts*” ou requisitos para verificar se uma indenização punitiva violaria a cláusula do devido processo legal. São os seguintes: 1) O grau de repreensão da conduta do Réu; 2) a relação (ou proporção) entre a indenização punitiva e o dano atual; 3) a diferença entre os *punitive damages* e as penalidades civis aplicáveis ou impostas em casos similares<sup>25</sup>.

Ryan (2003) discorre sobre os elementos, aduzindo que, com relação ao grau de repreensão da conduta do réu, talvez o mais importante indício da razoabilidade dos *punitive damages* é o grau de repreensão da conduta do réu. Revendo a repreensibilidade, a Corte anotou que a questão econômica deve ser levada em consideração, contudo, neste caso asseverou que a conduta envolvendo um substancial risco de dano corporal será considerada

---

<sup>24</sup> Segundo Ryan (2003) *certiorari* é um direito de uma corte maior de envio, pela corte menor, de todos os documentos do caso, possibilitando que a corte mais alta reveja a decisão da mais baixa. Este instituto é mais utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que é bastante seletiva sobre quais casos ela irá ouvir no recurso. Para recorrer à Suprema Corte o apelante deve alegar o direito de “*certiorari*”, que é concedido por mera discricção de pelo menos três dos membros da Suprema Corte, se entenderem que o caso envolve uma questão suficientemente significativa no âmbito federal de interesse público. Se negado o direito, a Suprema Corte deixa a decisão da corte menor valer, particularmente se em conformidade com os precedentes aceitos.

<sup>25</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 86.

mais grave e merecerá uma maior sanção do que simplesmente a responsabilidade civil. O que não foi o caso no processo do Dr. Gore contra a BMW.

Os juízes da suprema corte entenderam que a ameaça ao Dr. Gore não era especial ou extraordinariamente repreensível a ponto de lhe garantir uma indenização de U\$ 2 milhões de dólares.

O segundo elemento é a proporcionalidade entre a indenização punitiva e o dano efetivamente apurado. A Suprema corte enfatizou que o primeiro objetivo na condenação de *punitive damages* é evitar futuras reprováveis idênticas condutas, no entanto, entente que deve haver racionalidade na fixação de seu valor. Os *punitive damages* devem, efetivamente, manter relação racional com os danos compensatórios, eis um trecho citado por Ryan (2003, p. 86):

[W]e have consistently rejected the notion that the constitutional line is marked by a simple mathematical formula, even one that compares actual *and potential* damages to the punitive award. Indeed, low awards of compensatory damages may properly support a higher ratio than high compensatory awards if, for example, a particularly egregious act has resulted in only a small amount of economic damages<sup>26</sup>.

A Corte anotou que a proporção de 500:1 entre o dano real e a indenização punitiva concedida no caso BMW x Gore foi “de tirar o fôlego”. Ainda assim, com respeito a futuros casos, a corte recusou regular o potencial valor de indenização punitiva quando a indenização compensatória é baixa. Alguns doutrinadores analisaram que depois do caso BMW x Gore algumas cortes entendem ser difícil de entender que grandes desproporções são excessivas, não obstante não haver uma regra clara<sup>27</sup>.

O terceiro é último elemento, que se trata de uma revisão de sanções de condutas comparáveis no âmbito civil e criminal, deve-se ter em mente que a corte deve compatibilizar com julgamentos que legislaram apropriadamente sobre condutas do mesmo tipo. No caso BMW v. Gore, a Corte revisou a indenização de U\$ 2 milhões de dólares fixadas pela Corte do Alabama também justificando que o valor máximo de penalidade civil para a prática de atos deceptivos no comércio é de U\$ 2.000,00 (dois mil dólares). Assim, tendo em vista a desproporção drástica entre a penalização da multa e a sanção de indenização punitiva

---

<sup>26</sup>Nós consistentemente rejeitamos a noção de que a linha constitucional está marcada por uma simples fórmula matemática, mesmo uma que compara danos efetivos e potenciais à indenização punitiva. Com efeito, pequenas indenizações de danos compensatórios podem apropriadamente suportar uma proporção mais elevada de indenização punitiva se, por exemplo, uma conduta particularmente reprovável resultar em apenas um dano de pequena monta econômica.

<sup>27</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 86

concedida pela Corte. Com base nessas premissas, a Suprema Corte do Alabama entendeu por reduzir a indenização punitiva para U\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares)<sup>28</sup>.

#### **2.4 – O caso da seguradora State Farm v. Campbell.**

Outro caso emblemático, também citado por Ryan (2003, p. 88), é o que envolveu a seguradora *State Farm Mutual Automobile Insurance Company* e Campbell. Nesse caso, também se entendeu ter havido uma grosseira desproporção em relação à indenização punitiva pela qual foi condenada a seguradora. A mesma foi condenada a pagar U\$ 145 milhões de dólares ao Autor, por causa de má-fé utilizada nas negociações de acordo extrajudiciais.

Este caso demorou quase duas décadas para se resolver, tendo iniciado em 1981 e finalizado em 2003. Em 1981, Curtis Campbell estava dirigindo com sua esposa numa estrada de duas vias no estado americano de Utah, decidindo ultrapassar um comboio de seis vans que estava viajando à sua frente. Todd Ospital estava dirigindo um carro de passeio e se aproximava na direção oposta. Para evitar uma colisão frontal com Campbell, Ospital desviou para fora da estrada, perdeu o controle do seu carro e colidiu com outro carro dirigido por Robert Slusher. Ospital faleceu e Slusher ficou permanentemente desabilitado, tendo os Campbell's escapados ilesos<sup>29</sup>.

Não obstante inicialmente os Campbell's terem arguido que não haviam cometido nenhuma infração, conclusões em sentido oposto foram encontradas por investigações preliminares logo após o acidente. Os Campbell's eram segurados pela companhia State Farm. Até mesmo as investigações privadas realizadas pela seguradora chegaram à conclusão de que os Campbell's muito provavelmente eram os responsáveis pelo acidente<sup>30</sup>.

A apólice de seguro limitava a indenização até U\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares), o que daria U\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares) para cada litigante. Antes do processo ir à corte, tanto Slusher quanto Ospital aceitaram fazer acordo por esse valor. A seguradora, contudo, recusou a oferta, entendendo que poderiam vencer o processo para pagar nada ou menos de U\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares). Após o início do julgamento ficou estabelecido que a seguradora alterou os registros de sua investigação privada para esconder a culpa dos Campbell's no acidente.

---

<sup>28</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 86-87.

<sup>29</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>30</sup> Idem, ibidem, p. 88.

Quando a seguradora insistiu em ir a juízo, os representantes da companhia asseguraram os Campbell's que seu "patrimônio estava seguro e que eles não tinham responsabilidade pelo acidente, e que a seguradora iria representar seus interesses, não havendo a necessidade de contratação de advogado particular para sua defesa". Essas afirmações equivalem a uma indenização, tendo em vista que, por sua conta e risco, a Seguradora State Farm escolheu litigar ao invés de aceitar o acordo que foi proposto, no valor do limite da apólice.

A State Farm seguiu com o embate judicial e perdeu em primeira instância, quando foi determinado que os Campbell's tiveram 100% (cem por cento) de culpa pelo acidente e a indenização para os prejudicados restou fixado num total de U\$ 185.849,00 (cento e oitenta e cinco mil oitocentos e quarenta e nove dólares), ou seja, um valor bem superior ao acordo proposto<sup>31</sup>.

A despeito da promessa inicial de indenizar os Campbell's, a Seguradora, após a condenação, se recusou a pagar o valor que excedia a cláusula limitadora da indenização, ou seja, se recusou a pagar os U\$ 135.849,00 (cento e trinta e cinco mil oitocentos e quarenta e nove dólares) que excediam a cláusula de limitação. Os representantes da seguradora chegaram a aconselhar aos Campbell's a colocar uma placa de vende-se na frente de suas propriedades. A partir de então, se recusaram a continuar representando os Campbell's no Tribunal, que tiveram que contratar seu próprio advogado para apelar do julgamento<sup>32</sup>.

Após muitos meses de litigância, a seguradora concordou em pagar o valor excedente da responsabilidade prevista na apólice. Ainda assim, os Campbell's acreditaram que a recusa em fazer o acordo e o aconselhamento se traduzia em má-fé e, além disso, o aconselhamento de venda da propriedade configurava fraude e uma intencional tentativa de causar dano emocional ao casal<sup>33</sup>.

Após alguns meses de litigância no processo, Sluhsler, Ospital, e Campbell resolveram adotar uma estratégia conjunta. Eles concordaram que as atividades da State Farm foram realizadas em má-fé e decidiram ajuizar conjuntamente uma ação aduzindo a existência de má-fé, fraude e tentativa intencional de causar dano emocional para sustentar a indenização punitiva. Ospital e Sluhsler concordaram em desistir de receber a indenização vencida anteriormente em troca de ajuizarem a ação contra a seguradora que, provavelmente daria

---

<sup>31</sup> RYAN, Patrick S. *Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality*. ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 88.

<sup>32</sup> Idem, ibidem, p. 89.

<sup>33</sup> Idem, ibidem, p. 89.

uma indenização punitiva. Os mesmos ficariam com 90% (noventa por cento) do proveito econômico obtido com a ação<sup>34</sup>.

Após o ajuizamento da ação, os autores introduziram provas de que a decisão da State Farm de não fazer o acordo inicial decorria de um esquema nacional fraudulento para limitar as indenizações. Para fundamentar a alegação, foram chamados especialistas na área para testemunhar sobre esse esquema. Além disso, os Campbell's demonstraram que a seguradora fraudou a própria investigação do acidente que gerou a ação<sup>35</sup>.

A ação obteve sucesso, sendo que o júri, em primeira instância fixou o valor de U\$ 2.6 milhões de dólares a título de indenização compensatória e U\$ 145 milhões de dólares a título de indenização punitiva. No entanto, ainda em primeira instância, seguindo a orientação dada (então) recentemente pela Suprema Corte no caso *Gore v. BMW*, o juiz reduziu a indenização compensatória para U\$ 1 milhão de dólares e a indenização punitiva para U\$ 25 milhões de dólares. Ambas as partes apelaram e a Suprema Corte de Utah restabeleceu a condenação anterior no que dizia respeito à indenização punitiva, mantendo o valor corrigido pelo juiz a título de indenização compensatória. A seguradora State Farm recorreu<sup>36</sup>.

A suprema Corte proveu nova classificação ao elemento da “proporcionalidade”, aumentando o nível de detalhes para sua aplicação. Segundo os juízes, no caso a proporção entre o dano compensatório e o punitivo era de 145:1<sup>37</sup>.

Ao aplicar o primeiro elemento da análise do valor da indenização punitiva, a suprema corte entendeu que a conduta da State Farm foi altamente repreensível, pois envolvia fraudes e má-fé na atuação, principalmente quando das negociações para acordo extrajudicial<sup>38</sup>.

No que tange ao segundo elemento (proporcionalidade entre o dano compensatório e a indenização punitiva) a Suprema Corte proveu um maior nível de clareza, ao afirmar que um dígito simples como fator multiplicador se mostra mais conformado com o devido processo legal, enquanto ainda se mostra suficiente para atender ao interesse estatal da retribuição e desestímulo<sup>39</sup>.

Tal entendimento não foi pacífico, alguns juízes reafirmaram o entendimento de que a Constituição dos Estados Unidos não deveria ser utilizada para diminuir indenização punitiva.

---

<sup>34</sup> Idem, ibidem, p. 89.

<sup>35</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 90

<sup>36</sup> Idem, ibidem, p. 91.

<sup>37</sup> Idem, ibidem, p. 91.

<sup>38</sup> Idem, ibidem, p. 91.

<sup>39</sup> Idem, ibidem, p. 91.

Segundo Ginsburg, os legisladores é que deveriam limitar os valores das indenizações punitivas, e não os juízes e tribunais<sup>40</sup>.

Este e os demais casos apresentados demonstram claramente uma evolução doutrinária e jurisprudencial que permite às cortes dos Estados norte americanos arbitrarem indenização com base em certos parâmetros, considerados pela Suprema Corte, como adequados ao devido processo legal.

### **3 – INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL**

#### **3.1 – Importância do estudo.**

Martins Costa e Pargendler (2005, p. 19) ao dissertarem sobre o tema chamam a atenção para o fato de que o caráter exemplar da responsabilidade civil tem ganhado força nos países da *civil law*. Segundo elas, Boris Starck, já em 1947, profetizara o seu renascimento, depois de um longo período de descrédito.

As razões para tal conclusão não são difíceis de se observar. Ainda se afigura complicado no âmbito do dano extrapatrimonial adotar critérios unitários para a delimitação da indenização. Pelo sistema atual da responsabilidade civil, sob o ponto de vista econômico, em muitos casos, é melhor matar do que mutilar (COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 21). A esse fator some-se o fato de que o direito penal atualmente está mais voltado às ofensas mais graves à ordem social, o que abre espaço para o caráter sancionador da responsabilidade civil.

No Brasil, conforme observado por Costa e Pargendler (2005, p. 19), a primeira hipótese é a que vem sendo objeto de decisões judiciais. No Brasil, toda a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à problemática da reparação do dano moral.

Assim, há um paralelo do surgimento da doutrina dos *punitive damages* com o dano extrapatrimonial. No entanto, na tradição anglo-saxã, uma vez admitida e consagrada a reparação do dano moral, a indenização correspondente passou a ter natureza meramente compensatória, não havendo vínculo com a função punitiva (COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 20). No Brasil, por outro lado, coexistem três correntes que caracterizam o dano moral: (1) compensação/satisfação do ofendido; (2) a punição do ofensor; (3) tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor.

---

<sup>40</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93, p. 92.

A jurisprudência e doutrina, no que se refere à punição do ofensor, ainda adiciona a combinação outros três distintos critérios para a fixação da indenização: o grau de culpa do ofensor; a condição econômica do responsável pela lesão; e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Além desses, acrescenta-se ainda outros três: intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima; perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima; e as condições sociais e econômicas do ofendido (COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 20).

Nesse ponto há uma diferença nodal em relação à doutrina dos *punitive damages* anglo saxã, qual seja, a necessidade de comprovação dos elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) (COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 20). Essa distinção é fundamental para fundamentar as críticas que se fará em relação à aplicação (ou tentativa) da indenização punitiva no Brasil.

### **3.2 – Entendimentos doutrinários acerca dos *punitive damages*.**

Conforme visto, a indenização punitiva, conhecida nos Estados Unidos da América como *punitive damages*, constitui uma soma a mais paga em favor da vítima, com o objetivo de educar e repreender o ofensor, tendo, também, como escopo evitar que condutas semelhantes continuem sendo praticadas.

Não obstante o claro conceito trazido tanto pela doutrina nacional (COSTA e PARGENDLER, 2005) quanto da alienígena (OWEN, 1994), parte dos estudiosos em nossa doutrina confundem sua aplicação, ora elencando a indenização punitiva como se dano moral o fosse, ora elencando-a como se fosse sanção civil prevista em Lei (GONÇALVES, 2005).

Este último aduz que a diferença existente entre a punição na responsabilidade civil no direito romano-germânico com o existente na *common-law*, é que neste não há uma fixação matemática do valor arbitrado, ficando a critério dos julgadores, na maior parte dos casos pelo júri. Cita diversos exemplos de indenizações punitivas múltiplas encontradas no ordenamento pátrio, como as previstas no art. 773<sup>41</sup>, 939<sup>42</sup> a 941<sup>43</sup>, do CC, também verificada nas cláusulas

---

<sup>41</sup> Art. 773. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

<sup>42</sup> Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

<sup>43</sup> Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

penais dos contratos, arts. 408<sup>44</sup> a 416<sup>45</sup> do CC e na resolução unilateral do contrato, prevista no art. 475<sup>46</sup>, do CC, entre outras.

Gonçalves (2005, p. 193) disserta que desde os primórdios a indenização punitiva tinha estreita relação com o dano moral, sendo que no direito anglo-saxão, há uma autonomia entre o dano moral e os *punitive damages*, o que não é verificado no direito pátrio, posto que a jurisprudência entende haver uma função dúplice na aplicação do dano moral: compensar o dano e o caráter sancionador, pedagógico, educativo da indenização.

Continua afirmando que no tema da responsabilidade civil a jurisprudência sempre andou à frente do legislativo. Segundo ele haveria uma grande aproximação entre o sistema da *common-law* e romano-germânico, posto que este, a cada dia, dá maior importância às súmulas e decisões jurisprudenciais<sup>47</sup>.

No mais, que a indenização punitiva sofre diversas críticas pela necessidade de apuração do grau de culpa do ofensor, o que não se coaduna com o sistema da responsabilidade objetiva, especialmente em caso de ofensas a direitos difusos, de modo que o mais importante é apurar o fim da indenização punitiva.

A exigência de respaldo legal para a aplicação da indenização punitiva no âmbito da responsabilidade civil pode ser mais mitigada do que no âmbito penal, bastando que a lei permita ao juiz sopesar, na fixação da indenização, determinados comportamentos contrários à Lei. Isto é, somente deve ser aplicado o instituto quando se verificar prática de ato ilícito, intencional e malicioso<sup>48</sup>.

Gonçalves (2005, p. 199-207) elenca como outra limitação à aplicação do instituto é o princípio da proporcionalidade, que permite ao juiz modular a pena de acordo com a falta verificada.

Também se deve buscar acolher o mínimo de garantias processuais ao réu, suficientes a tornar o processo justo, como a aplicação do princípio da presunção da inocência, que sofre ponderação ante o reconhecimento da chamada “malícia implícita”. Deve-se proporcionar ao Réu o exame das provas nos autos, cabimento de recursos, ampla defesa e contraditório e etc.

---

<sup>44</sup> Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

<sup>45</sup> Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

<sup>46</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>47</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília, Brasília Jurídica: 2005, p. 193-197.

<sup>48</sup> Idem, ibidem, p. 199-207.

Segundo Gonçalves (2005, p. 199-207), somente poderá ser considerada provada a culpa do réu se as provas indicarem, com quase certeza absoluta, a culpa do réus (*evidence beyond reasonable doubt*), não apenas uma mera preponderância de evidências (*preponderance of evidence*).

Deste modo, no que se refere aos dispositivos de lei que, teoricamente, teriam caráter punitivo ou sancionatório, se verifica também que o mesmo não se amolda no conceito adotado para este estudo dos *punitive damages*. Entende-se que a indenização punitiva é aquela indenização fixada em valor bem superior à indenização devida a título de reparação, sendo que nos casos o legislador considerou tais indenizações como devidas em função do descumprimento da lei. Não obstante terem um caráter de sanção, as mesmas não atendem aos requisitos da indenização punitiva, eis que, não necessariamente decorrem de uma conduta vil, com culpa grave, maliciosa e/ou reprovável moralmente. A indenização simplesmente é devida por estar prevista em lei.

O conceito adotado por Salomão Resedá (2005, p. 225) também se mostra equivocado, tendo em vista tudo quanto estudado até aqui:

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

Vê-se que o autor, em nenhum trecho do conceito, se refere ao elemento subjetivo, qual seja, a conduta reprovável do ofensor.

Gustavo Andrade, ao justificar a autorização normativa para a aplicação do instituto, o confunde com a função punitiva da reparação do dano moral.

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

Naiara Guimarães de Cerqueira (2010, p. 34) comete o mesmo equívoco ao concluir que “a indenização punitiva encontra seu fundamento, no ordenamento pátrio, na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente, nos direitos personalíssimos, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana”.

O legislador, na esteira desse entendimento deturpado da indenização punitiva pretende que a mesma esteja relacionada ao dano moral. Veja-se o projeto de Lei elaborado

pelo Deputado Leonardo Alcântara, de nº 276/2007, que visa alterar o art. 944, do Código Civil, inserindo o seguinte texto:

Art. 944. *omissis*

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;

**§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. (NR) (BRASIL, 2010)**

Serpa (2011, p.357) faz severas críticas a este Projeto de Lei, entendendo que o mais adequado seria o seguinte:

[...] acreditamos que, para reger eficientemente o instituto em tela, um projeto de lei deve abranger, num todo uniforme: (i) os pressupostos objetivos e subjetivos para a imposição de tal sanção punitiva [...]; (ii) os critérios a serem considerados pelo julgador para a mensuração da sanção [...]; e, ainda, (iii) aspectos materiais relacionados à introdução legislativa da indenização punitiva especialmente no que se refere às hipóteses de responsabilidade indireta e à destinação da condenação ao pagamento de indenização punitiva (p. 357).

Propõe que o art. 944, do CC/2002 fique assim redigido:

§1º - “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

§2º - “Nos casos em que, do ato ilícito cometido com dolo ou culpa grave, resultar dano extrapatrimonial, ou do qual o ofensor extrair benefícios econômicos para si ou para outrem, o juiz poderá impor ao autor do dano, no mesmo processo e sem prejuízo das perdas e danos e demais sanções cabíveis, uma quantia a título de indenização punitiva, cujo montante poderá exceder a extensão do dano.”

§3º - “Na quantificação da indenização punitiva prevista no parágrafo antecedente, que deverá ser feita em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o juiz terá em conta, notadamente:

I – “a intensidade do dolo ou o grau de culpa do autor do dano”

II – “a natureza e a extensão do dano”

III – “a situação econômica do autor do dano”

IV – “as vantagens pecuniárias obtidas pelo autor do dano”

§4º - “O produto da indenização punitiva devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”<sup>49</sup>

Percebe-se, desta forma, em grande parte dos doutrinadores e do próprio legislador entendimentos equivocados acerca dos *punitive damages*, uma vez que há uma constante tentativa de classificá-lo como sendo um fator de fixação do dano moral, isto é, elemento do dano compensatório. No mais, se verifica, muitas vezes, o equívoco ao se deixar de lado o elemento subjetivo que enseja sua aplicação, qual seja, a conduta reprovável do ofensor.

Por outro lado, Serpa (2011, p. 363) bem delimita os requisitos subjetivos que admitem a aplicação da indenização punitiva, sendo que a conduta deverá ser caracterizada por particular “estado de espírito” no qual seja verificado:

---

<sup>49</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva**. Dissertação de Mestrado, Curso de Direito, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011., p. 358-259.

(i) a “malícia” (“*malice*”), que envolve não apenas o cometimento intencional de um ato ilícito, mas, também, o desejo de prejudicar o lesado; (ii) a “intenção” (“*inteni*”), que envolve o cometimento intencional do ato ilícito; ou, ainda, (iii) “temeridade” (“*recklessness*”), circunstância na qual o ofensor, embora preveja a potencial ocorrência do resultado danoso, não o deseja (p. 363).

Com efeito, há na literatura nacional uma melhor compreensão acerca do instituto, notadamente daqueles que conseguem vislumbrar sua aplicação fora do âmbito da quantificação do dano moral.

### 3.1.1 – *Desnecessidade de aplicação da teoria dos ‘punitive damages’ na quantificação do Dano Moral.*

Salutar abrir um parênteses nesse momento da discussão. Como bem delimitam Costa e Pargendler (2005, p. 22):

A rigor, não é preciso a invocação aos *punitive damages* para lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter “exemplar” que, em certas hipóteses, faz-se necessário. Também é preciso – para dar-se ao autor de danos especialmente graves uma justa punição pecuniária – buscar critérios outros que não os da legislação já existente. A regra da simetria do art. 944, *caput*, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como se mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários.

Com efeito, tendo em vista tudo quanto argumentado anteriormente, a fixação do dano moral tem mais do que suficientes critérios para a fixação do valor indenizatório, não havendo necessidade, especialmente tendo em vista que a Legislação Pátria admite a indenização de dano extrapatrimonial, de utilização da utilização dos *punitive damages* como suporte argumentativo para a indenização extrapatrimonial ou para a fixação de seu valor (COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 22).

### 3.1.2 – *Argumentos contrários a sua aplicação no Brasil*

Não bastasse a aplicação equivocada da indenização punitiva, há aqueles juristas que rechaçam completamente sua aplicação no Brasil. Dentre eles está Carlos Roberto Gonçalves:

[...] é sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias [...] (2003, p. 575)

Esta crítica é facilmente rechaçada se observarmos os casos comentados no capítulo anterior, dos quais se conclui que existem critérios para a aplicação das indenizações e, na mais das vezes, as indenizações milionárias, que são alvos do jornalismo sensacionalista, são as arbitradas pelo júri, geralmente reduzidas pelo próprio juiz, ou pelo tribunal de apelação.

Gonçalves (2003, p. 575), além de temer o advento das indenizações milionárias, ainda vê com maus olhos a hipótese de enriquecimento sem causa do ofendido:

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

Todavia, nem sempre, conforme mais adiante demonstrado, mesmo nos Estados Unidos, a indenização é destinada à vítima. Às vezes, em função de uma conduta tão reprovável que exija uma punição gigantesca, destina-se a indenização ou parte dela à caridade (RYAN, 2003, p. 76).

Além disso, Serpa (2011, p. 367), entende que há um “obstáculo intransponível” à aplicabilidade, sobretudo em relação à ausência de legislação específica sobre o tema, que deverá, caso entenda o legislador por introduzi-lo no ordenamento, prever especificamente os critérios objetivos, subjetivos e quantificadores da indenização punitiva, sob pena de ofensa ao princípio da *nulla poena sine lege*”.

Tal crítica, talvez a mais coerente, não resiste a uma interpretação sistemática dos dispositivos legais (mais adiante explicitados) e nem mesmo da analogia que deve ser aplicada em caso de lacuna na lei, que é existente, segundo admite o próprio Serpa (2011).

### **3.2 – Entendimentos jurisprudenciais acerca da indenização punitiva.**

A jurisprudência pátria, via de regra, não encontra melhor êxito ao aplicar o objeto deste estudo, um dos casos mais notórios foi o ocorrido nos autos da ação de indenização movida pelos pais de uma criança que teve afundamento de seu crânio e edemas cerebrais decorrentes do uso do fórceps no Hospital Miguel Couto. Trata-se do Agravo por Instrumento de nº 455.846, o qual aplicação completamente deturpada da indenização punitiva pelo eminente Ministro Celso de Melo.

A decisão restou assim Ementada:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO

("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO<sup>50</sup>.

Do inteiro teor do acórdão se mostra pertinente destacar o ponto que trata da fundamentação da decisão no que se refere à indenização punitiva:

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro<sup>51</sup>.

Observe-se que o julgador inseriu a indenização punitiva como pressuposto de cálculo de arbitramento do dano extrapatrimonial, o que se mostra uma deturpação do instituto ora estudado. Ademais, não há como se extirpar dos *punitive damages* a conduta dolosa, com culpa grave, maliciosa ou reprovável, o que não se pode verificar no caso da responsabilidade objetiva.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente, incorreu no mesmo equívoco:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFONIA MÓVEL INSCRIÇÃO INDEVIDA NO ROL DE INADIMPLENTES DANOS MORAIS. Cobrança indevida realizada pela Ré, ensejando a negatificação do nome da Autora dano presumido (*in re ipsa*) natureza compensatória e sancionatória (*punitive damages*) da indenização redução do quantum indenizatório para R\$ 3.000,00, com observação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade minoração da verba honorária sucumbencial, em respeito aos elementos de apreciação dos incisos do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP 9165158-42.2009.8.26.0000, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 08/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, também em recente decisão, assim aplicou a indenização punitiva.

CIVIL. CDC. DIREITO DO CONSUMIDOR. TARIFAS BANCÁRIAS. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INDENIZAÇÃO PUNITIVA (PUNITIVE DAMAGE). PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA RECURSO RECURSO IMPROVIDO.

1 - A COBRANÇA DE TAXAS E TARIFAS DE ABERTURA DE CADASTRO, REGISTRO DE CONTRATO, AVALIAÇÃO DE BENS E DESPESAS DE SERVIÇOS DE TERCEIROS NÃO CONSUBSTANCIAM CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, PORQUANTO SÃO SERVIÇOS INERENTES À PRÓPRIA ATIVIDADE BANCÁRIA A FIM DE CONCEDER O CRÉDITO AO CONSUMIDOR.

2 - O ART. 42, § ÚNICO, DO CDC TEM O OBJETIVO DE EVITAR A CONTINUIDADE DA COBRANÇA INDEVIDA, POIS A PERSISTÊNCIA NA COBRANÇA DAS TARIFAS DE ABERTURA DE CADASTRO, RENOVAÇÃO DE CADASTRO E DESPESAS DE SERVIÇOS DE TERCEIROS CONSUBSTANCIA

<sup>50</sup> STFAI 455846, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/10/2004, publicado em DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163

<sup>51</sup> Idem, ibidem.

ABUSIVIDADE NA RELAÇÃO CONTRATUAL COM O CONSUMIDOR, QUE GERAM LUCRO PARA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. A FINALIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA (PUNITIVE DAMAGE) É EVITAR QUE O DANO IMPOSTO AO CONSUMIDOR SEJA LUCRATIVO PARA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA<sup>52</sup>.

Não obstante uma das funções da punição civil delineadas por Paolo Gallo<sup>53</sup> estar demonstrada, é certo que a indenização punitiva serviu apenas para majorar o dano moral sofrido pelo Autor da ação.

Já em outros julgados, nitidamente positivistas e totalmente alinhados com o Estado Liberal, chega-se a deixar de aplicar esse tipo de indenização sob a alegação de falta de disposição legal:

APELAÇÃO- Crédito rotativo - Seguro desemprego acoplado ao crédito disponível - Denúncia unilateral do contrato em razão do desemprego involuntário - Dano moral inexistente - **Indenização punitiva sem previsão em lei** - Descabimento da restituição dos prêmios do seguro - Sentença ratificada - Regimento do TJSP, art. 252 - Recurso improvido<sup>54</sup>.

A crítica que se faz a esse tipo de decisão é que no campo da responsabilidade civil, tendo em vista a velocidade e dinamismo das relações sociais, muitas vezes o legislador não acompanha esta evolução, ou outras vezes acompanha de forma equivocada (conforme exemplo citado acima).

Dessa forma, o julgador não pode ficar adstrito à elaboração de uma Lei para aplicar o direito se entender ser o caso, especialmente quando há a possibilidade de aplicação analógica, já que a indenização punitiva é consagrada em diversos países, inclusive em países que adotam o sistema da *civil law* (COSTA e PARGENDLER, 2005, 19-22). Justifica-se negar a aplicação da indenização punitiva por conta de ausência de tradição, porque não é costume brasileiro, ou porque a mesma não se coaduna com o sistema, mas não simplesmente dizer que não se aplica por ausência de Lei.

Na justiça do Trabalho, é comum a menção à indenização punitiva quando se verifica a hipótese de “*Dumping Social*”. Ilustra-se a assertiva com a seguinte decisão:

**EMENTA: DANO SOCIAL (“DUMPING SOCIAL”). IDENTIFICAÇÃO: DESRESPEITO DELIBERADO E REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. REPARAÇÃO: INDENIZAÇÃO “EX OFFICIO” EM RECLAMAÇÕES INDIVIDUAIS.** Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso,

<sup>52</sup> TJDF 0024839-13.2011.807.0009, Relator: JOÃO FISCHER, Data de Julgamento: 13/03/2012, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 21/03/2012, DJ-e Pág. 254

<sup>53</sup> (2) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano

<sup>54</sup> TJSP 1252814520098260100 SP 0125281-45.2009.8.26.0100, Relator: Maury Bottesini, Data de Julgamento: 06/07/2011, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/07/2011

fixado em torno da eficácia dos Direitos Sociais, se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando, também, um pacto para a preservação da paz mundial. Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz todos ao grande risco da instabilidade social. As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. O desrespeito deliberado, inescusável e reiterado da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade. Óbvio que esta prática traduz-se como “dumping social”, que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato Judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica. **Assim, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários, pejetização etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada “ex officio” pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual, sendo inegável, na sistemática processual ligada à eficácia dos Direitos Sociais, a extensão dos poderes do juiz, mesmo nas lides individuais, para punir o dano social identificado**<sup>55</sup>.

Essa sentença merece aplausos na medida em que identificou adequadamente os elementos necessários à configuração da indenização punitiva, já que a conduta da Ré se mostra fraudulenta, maliciosa, visa lucro em detrimento aos direitos dos funcionários e ainda se deu de forma dolosa. As atitudes da ré se mostram efetivamente reprováveis e causam dano a toda coletividade, além de que, com a atitude ilícita, a Ré lucraria presumidamente mais do que pagaria em indenização ou verbas trabalhistas.

Observe-se por oportuno que, os *punitive damages* estão dissociados da verba compensatória e da verba destinada à indenização patrimonial. A crítica que poder-se-ia fazer se dá no que tange à condenação *ex officio*, isto é, sem a provocação da parte prejudicada, mas não pecha de atecnia a decisão como um todo.

---

<sup>55</sup> PROCESSO TRT/ 15a. No. 0049300-51-2009-5-15-0137 RECURSO ORDINÁRIO RECORRENTE: FLÁVIA REGINA DA SILVA MACIEL RECORRIDO: PUNTO ESATTO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE PIRACICABA.

Anote-se que, na maior parte dos casos, em se tratando de Justiça do Trabalho, a indenização punitiva geralmente é destinada ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhados) o que, ainda assim, não desnatura a indenização em relação ao *punitive damages* aplicado no direito anglo-saxão.

Ryan (2003, p. 76) explicita este entendimento:

In a punitive damages award, it is generally the plaintiff, not the state, who is the beneficiary of the award (but not always): The plaintiff does not necessarily always receive the punitive award. Damages may instead, upon agreement of the parties, go to charitable organizations, or third parties. See *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002) (Ohio Supreme Court requiring that one-third of a \$30,000,000.00 punitive damages award go to a charity). The calculation is based on the degree of misconduct or “moral retribution” of the defendant. As explained by Justice Thomas in the United States Supreme Court decision *Molzof v. United States*, a jury may award punitive damages against a defendant based on “the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff<sup>56</sup>.”

Parte da doutrina brasileira compartilha do entendimento, a exemplo de Melo (2006) que defende a possibilidade de destinação da indenização punitiva para terceiros com base no art. 883<sup>57</sup>, em seu parágrafo único.

Tal solução se mostra a mais adequada, se levarmos em consideração que o art. 884<sup>58</sup>, do Código Civil veda o enriquecimento sem causa, argumento dos que rechaçam a aplicação dos *punitive damages* no Brasil.

Assim, tem-se que este é um excelente exemplo de aplicação do instituto, assim como concebido no direito anglo-saxão, o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo acima citado.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe como consequência, ao revés de respostas definitivas, mais questionamentos em relação aos *punitive damages* e sua aplicação no direito brasileiro.

Primeiramente, mediante conceituação restaram estabelecidos os elementos básicos que caracterizam a indenização punitiva. O estudo de casos demonstrou que é possível haver

---

<sup>56</sup> Numa indenização punitiva, geralmente é ao autor da ação, não o Estado, quem é o beneficiário da mesma (mas nem sempre): o autor não necessariamente sempre recebe a indenização punitiva. Ela pode, diferentemente, mediante acordo entre as partes, ir para organizações de caridade, ou terceiros. Ver *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002) (A corte Suprema de Ohio determinou que um terço dos US\$ 30 milhões de dólares da condenação sofrida fosse para a caridade). O cálculo foi baseado no grau de reprovabilidade da conduta ou “retribuição moral” do réu. Como explicado pelo Juiz Thomas na Suprema Corte dos Estados Unidos, um júri pode aplicar a indenização contra um réu baseado na “enormidade de sua ofensa ao invés de medir a compensação devida ao Autor”

<sup>57</sup> Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

**Parágrafo único.** No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

<sup>58</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

uma racionalidade na aplicação e valoração da indenização punitiva, que existem critérios, até mesmo matemáticos, para limitar o valor da indenização.

De igual forma, chegou-se à evidência de que não há como se aplicar os *punitive damages* de forma adequada à sua concepção no direito da *common law* se o mesmo serve apenas como critério de cálculo da indenização por danos morais, como é defendido por parte da doutrina e vasta jurisprudência.

A crítica doutrinária consistente na impossibilidade de se conceber indenizações punitivas no Brasil tendo em vista a impossibilidade de enriquecimento sem causa, cai por terra se observarmos que, mesmo nos Estados Unidos, em alguns, casos a indenização, quando deveras elevada, é destinada a terceiros, como instituições de caridade. A justiça laboral no Brasil já aplica o instituto dessa forma, destinando, na mais das vezes, a indenização punitiva para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Ademais, mediante interpretação extensiva do parágrafo único do art. 883, do CC/2002, se concebe que a destinação da indenização seja dada a terceiros.

No que pertine ao argumento de impossibilidade de aplicação do instituto em função da ausência de previsão legal. Parte da doutrina, por exemplo, defende a introdução de um dispositivo no código civil que preveja o instituto (SERPA, 2011), conforme antes aludido. Esta mesma parte da doutrina entende que a indenização punitiva não se mostraria incompatível com as finalidades perseguidas pelo Direito Civil, pois não são poucas as sanções típicas deste ramo do direito. Todavia, a falta de disposição legal seria um obstáculo intransponível para a aplicação da indenização punitiva, devendo a lei a ser formulada fixar não apenas os critérios objetivos e subjetivos para sua incidência, mas os necessários à fixação da indenização.

No entanto, conclui-se que tal argumento deve ser afastado. A uma porque no âmbito da responsabilidade civil a jurisprudência pátria sempre andou à frente da Lei, fato este provado em relação à indenização por dano moral, concedida pelos nossos tribunais antes mesmo de sua previsão na Constituição Federal de 1988, quando a mesma era até moralmente contestada. A duas porque há dispositivos legais de interpretação aberta que permitem tal tipo de responsabilização civil.

Como exemplo, observa-se os seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] *Omissis*

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[...] *Omissis*

Art. 84 Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Nesses dispositivos se percebe claramente a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, vez que o Juiz deverá, ao aplicar o direito dar efetividade à prevenção e reparação de danos (incluindo os danos coletivos e difusos), sendo que a indenização punitiva pode ser um meio de se assegurar o resultado prático desta tentativa de prevenção.

A dúvida que surge (e se exige um estudo específico para saná-la) é se tais dispositivos poderiam alcançar vítimas pertencentes a outros grupos que não os inseridos no âmbito consumerista, por meio da analogia, considerando-se situação clara de hipossuficiência da vítima em relação ao ofensor.

No âmbito contratual, não obstante alguns doutrinadores (como Costa e Pargendler, 2005) entenderem que não se aplica o instituto, discorda-se desta posição uma vez que o art. 421, do Código Civil antevê que o contrato deverá atender a sua “função social”. Assim, temos que se determinado contrato contiver cláusulas iníquas, que prevejam situações de alto grau de reprovabilidade, pode-se aplicar a indenização punitiva como forma de deter sua proliferação, situação que se amoldaria perfeitamente com um dos objetivos da indenização punitiva: o *deterrence*.

Nesse contexto, defende-se a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, mesmo que não haja expressa disposição legal que os prevejam. A doutrina mais qualificada já fornece todos os critérios (objetivos, subjetivos e quantificadores da indenização) para sua aplicação. A lei, mediante interpretação sistemática e analógica permite ao intérprete aplicar tal instituto, nos moldes dos dispositivos retrocitados.

Assim, a falta de incidência da indenização punitiva, que já vem sendo questionada pelo próprio judiciário, se mostra uma perda de grandes oportunidades para se evitar repetição de condutas imorais e que possuem elevado grau de reprovabilidade.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Consumer Attorneys of California, **Know the Facts: The McDonald’s Coffee Case**, disponível em < <http://www.caoc.com/facts.htm> > , acessado em 03 fev, 2013.

\_\_\_\_\_. Stella Award Subscriptions, **Opportunists and Self-Described Victims, Plaintiffs v. Any Available Deep Pockets and the United States Justice**

**System,Defendants**, disponível em <<http://www.stellaawards.com/stella.html>>, acessado em 02 fev. 2013.

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

BRASIL. Câmara dos deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/438647.pdf>>, acessado em: 02 mar. 2013.

CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. **Disciplina Jurídica dos *Punitive Damages* no Ordenamento jurídica Brasileiro**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>, acessado em 01/03/2012, Salvador, 2010.

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

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

LEGGET, Christopher. **The Ford Pinto Case: The Valuation of Life as it Applies to the Negligence-Efficiency Argument**. 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>, acessado em 07 de mar de 2013.

MA AKESTAD, William. **Redefining Corporate Crime**. Mutinacional Monitor, vol. 8, nº 5, May 1987. Disponível em: <<http://www.multinationalmonitor.org/hyper/issues/1987/05/maakestad.html>>, acessado em 07 mai. 2013

MALLOR, Jane and ROBERTS, Barry. **Punitive Damages: toward a principled approach**. Hastings Law Journal, Janeiro, 1980.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: *punitive damages* e o Direito Brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005.

MELO, Diogo Leonardo Machade de. **Ainda sobre a Função Punitiva da Reparação dos Danos Morais (e a Destinação de Parte de Indenização para Entidades de Fins Sociais – Art. 883, Parágrafo Único, do Código Civil de 2002)**, in Revista de Direito Privado, vol. 26, jun-2006.

OWEN, David G. **A punitive damages overview: functions, problems and reform**. Villa Nova Law Review, 1994.

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

RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas. **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers**. American University Law Review 42, no. 4 (Summer 1993): 1269-1333.

RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, nº 1, Fall 2003, p.69-93.

SARAIVA, Leonardo Freire. ***Punitive Damages e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros.*** Monografia (Graduação), Curso de direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SEBOK, Anthony J., **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today.** Chicago-Kent Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=388861> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388861>, acessado em 09/03/2013.

SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva.** Dissertação de Mestrado, Curso de Direito, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.