



[Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LUÍS FELIPE DA CRUZ SANTOS

**O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES: UM ESTUDO
COMPARADO DO ORDENAMENTO JURÍDICO
NORTE-AMERICANO COM O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO.**

**Brasília
2011**

LUÍS FELIPE DA CRUZ SANTOS

**O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES: UM ESTUDO
COMPARADO DO ORDENAMENTO JURÍDICO
NORTE-AMERICANO COM O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Gustavo Ribeiro

**Brasília
2011**

LUÍS FELIPE DA CRUZ SANTOS

**O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES: UM ESTUDO
COMPARADO DO ORDENAMENTO JURÍDICO
NORTE-AMERICANO COM O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Gustavo Ribeiro

Brasília, ____de outubro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Professor Gustavo Ribeiro
Orientador

Professor
Examinador

Professor
Examinador

Dedico este trabalho à minha família, à minha mãe Estela e meu irmão Matheus, pois sem o apoio destes não conseguiria este feito. Agradeço, também, ao professor Gustavo Ribeiro, pela orientação prestada.

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo mostrar o instituto do “*punitive damages*” relacionado ao dano moral, fazendo um estudo comparado do ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento jurídico norte-americano, onde o instituto teve seu desenvolvimento, mostrando os pontos positivos, e a dificuldade de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Ademais o trabalho mostra a dificuldade do cálculo do dano moral, como era feito antes da Constituição de 88 e atualmente, e a importância do magistrado na averiguação e aplicação do valor indenizatório a vítima. Diversos posicionamentos doutrinários foram utilizados para a conclusão do presente trabalho, a fim de esclarecer dúvidas referentes as contratações nesta modalidade.

Palavras Chaves: Punitive Damages. Common Law. Júri. Dano Moral. Quantum Debatur. Juiz. Corte Americana.

Sumário

Introdução.....	7
Capítulo 1 O instituto do “Punitive Damages”	9
1.1 Considerações sobre o sistema do Commow law	9
1.2 O surgimento do punitive damages na Inglaterra	11
1.3 Conceitos do Punitive Damages.....	13
Capítulo 2 Os punitive damages nos Estados Unidos.....	15
2.1 A origem do instituto nos Estados Unidos	15
2.2 A questão Processual do punitive damages nos Estados Unidos.	16
2.3 Emendas Constitucionais Americanas relacionadas com o instituto	20
Capítulo 3 Aplicabilidade do Punitive Damages no Brasil.	25
3.1 Dificuldades de sua aplicabilidade.....	25
3.2 Pontos positivos de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.	30
3.3 A problemática do cálculo do quantum para efeitos de cálculo do dano.	35
Conclusão	43
Referências	45

Introdução

O presente trabalho, no primeiro capítulo, faz um estudo do instituto do *punitive damages*, tendo como objetivo a contribuição para o debate do instituto, que nasce na Inglaterra, país do sistema *Common Law*. O sistema do *Common Law* se baseia em precedentes judiciais formando com isso um Direito Comum, aplicável preferencialmente as normas estabelecidas abstratamente. O *punitive damages* tem como propósito a punição ao ofensor com uma sanção para que lhe sirva de exemplo ao ofensor para que não repita o ato lesivo novamente, além de dissuadir terceiros que venham cometer comportamento semelhante.

O estudo, ainda no seu segundo capítulo, analisa vários casos jurisprudenciais do ordenamento jurídico norte-americano. Embora o instituto tenha nascido na Inglaterra, foi nos Estados Unidos que ganhou força, e a feição que tem atualmente. No direito norte-americano não existe legislação federal que determina critérios para aplicação do instituto, e sim Estatutos que ditam as regras de sua proibição, e outros que prevêem sua aplicação. Observa-se também a existência do júri americano, que tem grande respaldo social, tendo a responsabilidade de analisar no caso concreto, o valor devido da indenização em *punitive damages*. Observou-se, ademais, a importância da Corte Americana como avaliadora das sentenças do júri, tendo como base para sua reavaliação, as Emendas Constitucionais norte-americanas.

O trabalho, no terceiro capítulo, analisa; também as dificuldades e os pontos positivos no ordenamento jurídico brasileiro para aplicação do instituto. Dificuldades essas que se originaram da influência do direito canônico, que teve forte influência nos países Romano-Germânicos, como o caso do Brasil. Pontos positivos como, uma diminuição da função punitiva da responsabilidade civil, além de ser necessário um instituto dessa magnitude, para acompanhar a rápida evolução da sociedade; com alterações completas dos conflitos inter-individuais

Ao final do terceiro capítulo, debate-se a questão da problemática do quantum indenizatório relacionado ao dano moral. Pela sua própria natureza este é insuscetível de indenização pecuniária pela dificuldade de fazer sua mensuração por se originar de danos psíquicos. O trabalho visa mostrar como era feito o cálculo antes da Constituição de 88, trazendo a Lei de Imprensa e a questão da Tarifação, e como é feito atualmente a questão do cálculo do quantum do dano moral, trazendo a importância do Estado-juiz para sua aplicação, e os princípios inerentes dessa responsabilidade, como a imparcialidade, e razoabilidade.

Como conclusão propõe-se que o instituto do *punitive damages* surge para abrir uma discussão, relativa a uma responsabilidade civil que vem sendo exigida para conflitos inter-individuais cada vez mais freqüentes, como um importante mecanismo para conter esses conflitos.

Capítulo 1 O instituto do “Punitive Damages”

1.1 Considerações sobre o sistema do Common law

Dentro da tradicional concepção de “família de direitos”, dois dos principais grupos ou sistemas representativos do Direito Ocidental são os que compõem a denominada “família romana germânica”¹. (Como o nome indica tem sua origem na Europa Continental, ligada ao antigo Direito romano) e a chamada família do “common law” (esta última integrada pelo Direito inglês, como algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa)².

A expressão common law, dentre outras acepções, é designativa de um sistema jurídico em que uma das fontes primárias do Direito é a decisão ou precedente judicial (*precedent*). O conjunto dessas decisões (*case law*), vinculadoras do julgamento de casos futuros constitui o “Direito Comum”, aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas emanados de órgãos com competência legislativa.³

A característica desse sistema, portanto, é a criação do Direito pelo juiz (*judge-made law*), em contraposição ao Direito estabelecido por órgão não integrante do Poder Judiciário (*statute law*).⁴ O direito do common law, analisa em cada caso concreto uma solução baseada na razão, resultando disso uma coesão das decisões de justiça. Em certa medida, a ausência de um conjunto pormenorizado de regras escritas impulsiona o julgador, no sistema de common law, à busca de soluções solidamente fundadas na razão e na argumentação.⁵

¹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 169.

² ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.169.

³ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170.

⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.170.

⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.170.

O precedente, por não constituir uma regra abstrata, mas “uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem”, não engessa o Direito, como usualmente imaginam os juristas dos países da família romana- germânica. A falta de um conjunto sistematizado de regras escritas confere grande plasticidade ao sistema de common law , no qual é freqüente o emprego de argumentos de princípio.⁶

Já nos países da “família romano-germânica”, pretende-se, sob signo da segurança e da previsibilidade, regular todos os aspectos da vida social através da formulação de regras gerais e abstratas previamente elaboradas.⁷

O common law está fundado na *doctrine of stare decisis*⁸ também denominada doutrina de precedentes, regra jurídica segundo a qual uma decisão são tomada por uma corte de justiça mais elevada deve se seguida pelas cortes inferiores da mesma jurisdição quando as circunstâncias de fato no caso subsequente sob análise forem as mesmas do caso precedente, que atua como paradigma.⁹

A idéia predominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança para as relações jurídicas, á medida que permite antecipar o entendimento judicial a der dado a um determinado conjunto de fatos, quando fatos idênticos ou análogos foram submetidos à decisão anterior. Acredita-se que um conjunto de precedentes obrigatórios confere consistência ao sistema jurídico e alimenta o sentimento de justiça, porque faz com dois casos idênticos ou similares em seus aspectos fáticos sejam tratados da mesma maneira.

Em países de tradição romanos – germânicos, como o Brasil, a jurisprudência, que tem força meramente persuasiva, é, comum se dar ênfase à parte da ementa, sem esquecer-se da parte dispositiva, pouca fundamentação e quase nenhuma circunstâncias de fato subjacentes¹⁰. Já no sistema common law, o

⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171.

⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.171.

⁸ Stare: de “persistir”, “perseverar”, “permanecer fiel”, decisis: que se refere a decisões, que traduzindo pode se dizer manter fiel as decisões. VICENTE, Paulo, Expressões latinas jurídicas e forenses, p. 761.

⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 172.

¹⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.173.

precedent (precedente) é examinado em seu conjunto. Cumpre distinguir, de seu inteiro teor, aquilo que lhe é essencial, ou seja, a determinação da regra.¹¹

A noção de responsabilidade civil no sistema *commow law*, apresenta características singulares. O *tort* é uma ofensa de natureza civil, pela qual a conduta de alguém causa um dano indenizável à pessoa, a propriedade, ou a interesses legítimos de outrem, violando um dever imposto pelo Direito.¹²

Mesmo em uma era de codificação, o *tort law* não aparece codificado e nem afetado pela lei. Essa ausência de regulamentação civil faz com que a responsabilidade civil não impeça a conduta ilícita em questão. Entram em cena então os *punitive damages* ou *exemplary damages* como instrumento utilizado pelas cortes justiça para ensinar que “*tort does no pay*”¹³ dissuadindo o causador do dano e outras pessoas de praticar condutas lesivas.¹⁴

1.2 O surgimento do punitive damages na Inglaterra

É na Inglaterra, que o instituto começa a se articular e se moldar, e no século XVIII, mais precisamente em 1763. O julgamento do caso *Wilkes v. Wood*¹⁵ surge á primeira condenação em caráter de *punitive damages*. Nesse caso houve uma publicação de um artigo anônimo e ofensivo a imagem do rei George III e seus ministros. Em consequencia, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo. Foram 49 pessoas presas, dentre os quais o autor do artigo, *Jon Wilkes*, que fazia parte da oposição do Parlamento. Mensageiros do rei invadiram sua casa forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados. Wilkes então ajuizou uma ação contra Mr. Wood subsecretario, que havia

¹¹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.173.

¹² ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.175.

¹³ “O ilícito não compensa”

¹⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.178.

¹⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.179.

pessoalmente supervisionado a execução do mandado. O júri estabeleceu em caráter de punitive damages 1000 libras quantia considerável alta para a época.¹⁶

O mesmo episódio deu origem ao caso *Huckle v. Money*, onde um modesto tipógrafo foi detido com base no mesmo mandado genérico. Por essa razão ajuizou uma ação, que por mais que relatos indiquem que ele tenha sido confinado por apenas seis horas e tenha recebido tratamento considerado civilizado e cordial, o júri entendeu estabelecer em caráter de punitive damages o montante de 300 libras, ultrapassando trezentas vezes o salário mensal do tipógrafo. Mesmo o réu alegando que o confinamento se deu em caráter civilizado, o objetivo do júri foi estabelecer uma punição exemplar, por entender que a atitude da prisão por caráter genérico atacava a liberdade individual.¹⁷

Porém no decorrer do século XX, a jurisprudência inglesa se desenvolveu e passou a falar dos *exemplary damages*, outra denominação de punitive damages, não mais como caráter de indenização compensatória e punitiva, onde o ofensor como punição pagaria uma grande quantia indenizatória, resultando em uma punição para si, e ao mesmo tempo compensaria a vítima pelo prejuízo causado. Com isso a corte inglesa passou a entender os *exemplary damages* como uma característica de prevenção e punição, e o foco passou a ser a conduta do ofensor, e não mais o dano causado por ele.

A finalidade punitiva da responsabilidade, em nossa experiência brasileira, é a própria da esfera criminal. No âmbito civil é bastante relativa, pois nem sempre o dever de ressarcir impõe sacrifícios pessoais ao ofensor, especialmente quando integrante de classe social favorecida.¹⁸

O *punitive damages* seria uma forma de compensar a dor da vítima em relação ao dano que esta sofreu, e exerceria uma função preventiva em relação ao ofensor principalmente quando esse dano resultar de uma conduta grave.

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.179.

¹⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.179.

¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16.

1.3 Conceitos do Punitive Damages

Os *punitive damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição á indenização compensatória quando o ofensor agiu como negligência malícia ou dolo.¹⁹ O propósito geral dos *punitive damages* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros.²⁰ A lição do professor Sergio Cavallieri Filho “é que a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo de mudança de paradigma da responsabilidade e atende dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição).

A doutrina brasileira, da mesma forma definiu o instituto anglo-saxão que é aplicado timidamente no Brasil dizendo que “constituem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma sanção indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário á composição do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se nesse aspecto funcional aos *compensatory damage*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o dano causado.²¹

A doutrina estrangeira define: Os *punitive damages*, também chamada de *exemplary damages* ou *vindictive damages* são uma condenação em sede civil, imposta ao demandado em forma adicional a indenização pelos danos causados. Com eles se procura que uma vez compensada a vítima pelo dano sofrido, se castigue ao demandado em virtude das características e motivações subjetivas de sua conduta e assim mesmo ao autor do dano e da generalidade das pessoas de cometer futuras condutas danosas desse tipo ou similares.²²

O *punitive damage* possui uma natureza jurídica incerta, sendo que a doutrina brasileira considera-o como pena. A indenização punitiva seria um plus ao

¹⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.186.

²⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.187.

²¹ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira. A indenização punitiva em danos patrimoniais a viabilidade jurídica da aplicação do punitive damages norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n. 30, p. 20. 2007.

²² ALDI, Antonio Jacob. **Notas actuales sobre derecho de daños**. Universidad de Costa Rica, p. 103. maio/ago. 2003.

montante indenizatório, não tendo natureza indenizatória, mas algo diverso.²³ Tal qual delineada na tradição anglo – saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela idéia de indenização punitiva (e não “dano punitivo” como às vezes se lê).²⁴ A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave- e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com ato ilícito ou incorrer em reiteração de conduta ilícita.²⁵

A necessidade dos *punitive damages* estaria demonstrada principalmente, mas não exclusivamente, em situações nas quais um ato delituoso, por razões de ordem jurídica, escapa de um processo criminal.²⁶ O instituto atuaria como uma proteção a indivíduos que sofrem grande lesão oriunda de ato ilícito trazendo consigo uma segurança jurídica na esfera judicial porque programaria o caráter da punição, resultando em caráter pedagógico, fazendo com que outras pessoas não cometam atos ilícitos. Os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social.

²³ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira. A indenização punitiva em danos patrimoniais a viabilidade jurídica da aplicação do *punitive damages* norte: americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n. 30, p. 20. 2007.

²⁴ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

²⁵ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

²⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.187.

Capítulo 2- Os punitive damages nos Estados Unidos.

2.1 A origem do instituto nos Estados Unidos

O instituto do punitive damages foi trazido para a colônia americana por volta de 1960. Era usado principalmente contra grandes fabricantes e indústrias. Embora os punitive damages tenha se originado na Inglaterra, foi na jurisprudência norte Americana que o instituto ganhou força, sendo aceito em 45 dos 50 estados americanos. Nesses estados o punitive damages é previsto em lei, em outros tem sua origem no Common Law²⁷. As situações de aplicabilidade do instituto tem relações com o quão reprovável deve ser a conduta do causador do dano, para justificar a espécie de indenização, que varia de acordo com cada estado, pelo fato que os estado tem uma autonomia legislativa dos estados torna um tanto assistemático o tratamento dado ao instituto pelas diversas cortes da justiça.²⁸

Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determina critérios de aplicação dos *punitive damages*. Existem estatutos com critérios para a aplicação do *punitive damages*. Assim dentre diplomas legais que prevêm a aplicação do instituto, está o *Equal Credit Opportunity Act*, que fixa uma indenização punitiva em uma valor não superior a US\$10,000 (dez mil dólares), em caso de discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, estado civil, ou idade. Contra pessoas postulantes de crédito, o *Fair Credit Reporting Act* prevê, sem limitação de capital indenizatório em *punitive damages* em caso de publicação de informações falsas por agências de créditos.²⁹

E existem estatutos que vedam a aplicação do *punitive damages*. O *Federal Tort Claims Act*, por exemplo exclui a imposição do instituto em caso de

²⁷ E como regra esses Estados não acolhem os *punitive damages* os estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire, e por ultimo o estado de Louisiana. No estado de Connecticut os *punitive damages* são limitados com despesas da vítima com litígio, já no estado de Michigan, os *punitive damages* são estabelecidos como forma de compensação adicional á vítima. DE ANDRAD, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*, DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano Moral e Indenização Punitiva. 2ª Ed**, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, p. 188.

²⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 189.

²⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 189.

indenização contra o Governo Federal, ou qualquer de seus departamentos, por mais reprovável que seja a conduta do agente. No outro instituto, *Foreign Sovereign Immunities Act*, os Estados estrangeiros, sob certas circunstâncias, também estão imunes contra indenização oriunda dessa natureza. Por fim, pelo fato dos estados americanos terem certa autonomia legislativa, o *punitive damages* fica a critério daquele estado, sem ter um critério universal para todos.³⁰

O instituto do *punitive damages* no direito norte americano tem uma alteração de foco em relação à direção da indenização. O primeiro ponto importante do *punitive damages* no direito americano é que há um desvio de apuração para análise. Verifica-se de um lado o dano e suas conseqüências. Do outro lado a indenização punitiva, mas com enfoque na conduta do ofensor, qual foi o resultado oriundo dessa conduta, e não ao dano causado a vítima. O segundo fator importante do *punitive damages* no direito norte americano é que se tem a impossibilidade da aplicação do instituto, em danos que se originam de inexecução contratual, independente do motivo, tendo apenas aplicação o instituto em matérias referentes a responsabilidade extracontratual.

Outro fator importante dos *punitive damages* é que aplicam-se tanto em matéria de dano patrimonial como em matéria de dano extra patrimonial, ao contrário da doutrina brasileira, que reluta em expandir a indenização punitiva para danos de caráter material. Em outras palavras, os *punitive damages* só podem ser concebidos na relação extracontratual quando provadas às circunstâncias subjetivas que se assemelham a categoria continental do dolo. A mera negligência na ausência de das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação, porém a negligência grave em alguns estados os enseja.³¹

2.2 A questão Processual do *punitive damages* nos Estados Unidos.

³⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 188.

³¹ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 19, jan./mar. 2005.

Quanto ao aspecto processual nos Estados Unidos, vários foram os casos que surgiram relacionados ao instituto, ensejando direcionamentos ao júri, encarregado da fixação do valor da indenização.³² Um caso importante que demonstrou a exorbitante indenização milionária dada pelo júri foi o caso “*Ford Pinto Case*”. Em 28 de maio de 1972 no estado da Califórnia, a senhora Gray acompanhada do jovem de 13 anos Richard Grimshaw, dirigia seu automóvel Ford Pinto Case por uma auto-estrada quando o veículo, após uma troca de faixa, repentinamente enguiçou, o carro que vinha atrás conseguiu se desviar, mas o seguinte não conseguiu evitar a colisão com parte traseira do Ford Pinto.³³

No momento do impacto, o Ford Pinto pegou fogo e o seu interior foi tomado por chamas. De acordo com o laudo de peritos, o impacto fez com que o tanque de gasolina tivesse uma ruptura, causando vazamento de gasolina para o interior do veículo. Ambos os ocupantes do veículo sofreram várias queimaduras. Quando saíram do veículo estavam com suas roupas estavam completamente queimadas. A senhora Gray morreu alguns dias depois de parada cardíaca, resultante de complicações provocadas por essas queimaduras. O jovem Grimshaw conseguiu sobreviver após intenso tratamento, um grande número de cirurgias e vários enxertos de pele. Ele perdeu com o acidente pedaços dos dedos de sua mão esquerda e parte de sua orelha esquerda, enquanto sua face precisou de vários enxertos extraídos de seu corpo. As lesões causaram-lhe marcas de queimaduras permanentes.³⁴

Grimshaw e os herdeiros da senhora Gray processaram a empresa *Ford Motor Company*. O júri condenou a Ford a pagar a Grimshaw uma indenização compensatória no valor de US\$2,516,000, e *punitive damages* de US\$125 milhões. Em favor dos herdeiros da senhora Gray foi estabelecida indenização compensatória de US\$ 559,680. O julgamento foi importante porque considerou-se a circunstância

³² (O sistema jurídico norte americano deposita confiança nesta corte que possui grande respaldo social). Ao mesmo tempo é acusado de comercialização nas suas decisões, resultando em uma indústria de indenizações milionárias na esfera do *punitive damages*.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 192.

³³ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 192.

³⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 192.

de que os engenheiros da Ford tinham descoberto em testes de colisão que foram realizados anteriormente à produção comercial do veículo, mas altos executivos da Ford decidiram vender os veículos mesmo com o problema detectado pelos engenheiros, sendo que o custo para corrigir os problemas seria baixo. Isso fez com que empresas de carros americanos tivessem um maior cuidado na fabricação de veículos.³⁵

O juiz, todavia por considerar excessivo o valor fixado pelo júri, reduziu o montante do *punitive damages* para US\$ 3,5 milhões, valor que acabou firmado pela própria corte da Califórnia. Foi muito importante essa rejeição, pelo fato da empresa Ford ter tentado a extinção do instituto do *punitive damages*, sendo que a Corte decidiu que a empresa poderia ter tomado as providências necessárias para prevenir o acidente em questão, e outros envolvendo, o mesmo modelo, de automóvel. Outro importante fato foi que a empresa Ford foi obrigada a fazer o *recall* de mais de um milhão de carros.³⁶

Outro caso que decidiu as balizas em relação ao quantum indenizatório dos *punitive damages*,³⁷ foi o caso *BMW of North America v. Gore*. No ano de 1990 após comprar um carro *BMW Sport* sedan, de uma revendedora autorizada, pelo valor de US\$ 40, 750.88, o autor Ira Gore, depois de usar o veículo por um período de nove meses, levou o carro para polimento. Nesse polimento descobriu que o carro havia sido repintado. O autor ouvindo um testemunho do revendedor de carros da *BMW* descobriu que um carro repintado da empresa era 10% menor do que o valor de um carro novo. Além disso, descobriu que a ré vendeu mais de 983 carros repintados.³⁷

Os fatos do caso em concreto fizeram o autor ajuizar uma ação de indenização punitiva pedindo o valor de US\$4 milhões penalidade apropriada pela venda de 1000 veículos. Ao final o júri condenou ao pagamento de *compensatory*

³⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 192.

³⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 193.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 201.

damages de US\$ 4.000 e *punitive damages* de US\$4 milhões, por considerar que a política de não revelação de danos nos carros configurou conduta maliciosa ou fraudulenta. A suprema corte do estado do Alabama reduziu o valor para US\$2milhões, já que em outros casos semelhantes, o valor indenizatório foi menor.³⁸

O caso em concreto relatado acima foi um divisor de águas em relação à política dos *punitive damages* porque a Suprema Corte Norte Americana pela maioria de votos entendeu que foi exagerada indenização punitiva por US\$ 2 milhões, e por isso estaria violando a *due process clause*. A suprema corte argumentou que a conduta da empresa ré não era uma conduta ilícita, pois o dano que foi causado ao autor foi econômico, e a repintura no veículo não afetou a qualidade motora do carro, e muito menos sua segurança. Ademais o valor da condenação em caráter de *punitive damages*, correspondeu a 500 vezes o montante do dano material. Após a decisão da Suprema Corte o processo foi devolvido para a Suprema Corte do Alabama que finalmente em 1997, reduziu o montante dos *punitive damages* para US\$ 50,000.³⁹

O segundo fator importante após esse julgamento foi à reação da Suprema Corte Americana em relação à pena dada, pelo fato da sua condenação ser tão irracional, e a pena fixada tão desproporcional. A Suprema Corte fixou diretrizes que serviram como base para outras cortes americanas, e foram três. A primeira regra: I - o grau de reprovabilidade do réu. Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante segundo a Corte atentar-se aos seguintes fatores: 1 – se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; 2 – se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros; 3- se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; 4 – se a conduta envolveu ações repetidas; 5 – se o prejuízo foi o resultado de uma ação internacional ou fraudulenta ou mero acidente; II – a disparidade entre o dano efetivo

³⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 201.

³⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 201.

ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III – a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis impostas.⁴⁰

A partir desses critérios tomados pela Suprema Corte Americana, as decisões vêm cercadas de cautela, evitando que a famosa indústria das indenizações milionárias cometa absurdos. Outro fator importante oriundo dos critérios inserido pela Suprema Corte foi a questão, algumas de forma consideradas inconstitucionais, partindo-se do ponto de vista que tais indenizações não foram analisadas devidamente em circunstâncias dos casos. A Suprema Corte entendeu que indenizações de alto valor, que são desproporcionais em relação ao caso concreto, irão configurar uma arbitrariedade do julgador, não tendo com isso respaldo jurídico.⁴¹

2.3 Emendas Constitucionais Americanas relacionadas com o instituto

Outro ponto desenvolvido pelo direito norte americano relacionado ao instituto é a questão do ***due processo of law*** que é consagrado na V e na XIV Emendas Constitucionais Americanas, conforme segue:

V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.⁴²

⁴⁰ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER. Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 19, jan./mar. 2005.

⁴¹ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER. Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 19, jan./mar. 2005.

⁴² No one shall be held to answer for a felony or other infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in the case of patients who, in time of war or public danger, arising in the land or naval forces, or in the militia for active service, and no one can for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process law, nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

XIV- Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.⁴³

O caso importante que foi relacionado à XIV Emenda Constitucional, foi o caso *Philip Morris USA v. Williams*. O caso ocorreu em 2007, quando *Williams* veio a perder o marido em função de um câncer de pulmão, relacionado ao consumo de cigarro. Posteriormente ela ajuizou uma ação contra a empresa fabricante do cigarro *Philip Morris USA*, alegando que os anúncios de propaganda da empresa eram fraudulentos, porque não tinha informações suficientes aos consumidores sobre os riscos fatais que traz o consumo de cigarro, a saúde dos consumidores.⁴⁴

Na primeira instância *Williams* recebeu o valor de US\$ 821.000,00 (oitocentos e vinte um mil dólares) a títulos de danos compensatórios e a quantia aproximada de US\$ 79.500.000,00 (setenta e nove milhões e quinhentos mil dólares) a título de danos punitivos. Na segunda instância, os valores foram reduzidos para a quantia aproximada de US\$ 521.000 (quinhentos e vinte e um mil dólares) e US\$ 32.000.000 (trinta e dois milhões de dólares), em danos punitivos.⁴⁵

Posteriormente, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que o Tribunal local reconsiderasse o valor de danos punitivos. A Suprema Corte, no seu entendimento, entendeu que os danos punitivos não poderiam ser impostos pelas condutas praticadas pelo causador do dano em relação a terceiros, mas que o

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Americana**. Disponível em: <http://www.mspsc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml>. Acesso em: 03 out. 2011.

⁴³ All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and the state where you reside, No State shall make or enforce laws restricting the privileges or immunities of citizens of the United States, nor shall any State deprive any person of his life, liberty, or property without due process, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Americana**. Disponível em: <http://www.mspsc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml>. Acesso em: 03 out. 2011.

⁴⁴ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

⁴⁵ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

valor da indenização poderia considerar os danos causados a terceiros para caracterizar o grau de reprovação da conduta do causador do dano. Dessa forma, o caso *Philip Morris USA v. Williams* (2007) foi importante porque estabeleceu que a cláusula do devido processo legal da XIV Emenda impedia que os danos fossem fixados em relação a indivíduos que não estavam envolvidos diretamente na lide.⁴⁶

O argumento é que os *punitive damages* constituem, uma sanção penal e que o réu tem o direito ao devido processo legal, com todos os direitos processuais. Além disso, a imposição de uma indenização punitiva deveria manter proporcionalidade com objetivos por ela perseguidos.⁴⁷ Diante de tantos casos a Suprema Corte Americana, decidiu que a VIII Emenda da Constituição Americana que veda a imposição de multas excessivas ou cruéis não se aplicaria ao *punitive damages*, e se houvesse terceiro prejudicado este teria direito a indenização que não ficaria relacionada somente as partes do processo.⁴⁸

Cumprido salientar um caso concreto que foi importante para a constitucionalidade e legalidade VIII Emenda Norte Americana, que foi o caso *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal*. O caso aconteceu em 1984, quando a empresa *Browning – Ferris Industries of Vermont*, uma grande empresa de coleta de lixo da cidade de *Burlington, Vermont*, começou a adotar medidas anticoncorrenciais contra a empresa *Kelco Disposal*, com o objetivo de retirá-la do mercado da coleta de lixo. A empresa *Kelco* ajuizou uma ação contra a *Browning Ferris Industries* alegando uma violação da Lei Anti-Truste, quando houve o julgamento da causa a *Browning* foi condenada a pagar US\$ 51.146,00 (cinquenta e um mil cento e quarenta e seis dólares) de danos compensatórios e US\$ 6.000.000,00 (seis milhões de dólares) em danos punitivos (*punitive damages*).⁴⁹

⁴⁶ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011..

⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200.

⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.199.

⁴⁹ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

A *Browning* recorreu alegando que a condenação em US\$ 6.000.000,00 (seis milhões de dólares) em danos punitivos representava uma afronta, uma multa excessiva, e era contra a VIII Emenda Constitucional Norte Americana. Ao julgar a referida apelação o Tribunal Norte Americano entendeu que a condenação em seis milhões de dólares em danos punitivos não era excessiva e não era o caso de aplicação da VIII Emenda Constitucional. Em 1989 ao julgar o mérito a Suprema Corte Norte Americana firmou um posicionamento em que a VIII Emenda Norte Americana, dispõe que “fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns” não se aplicava a casos envolvendo indenizações referentes a danos punitivos.⁵⁰

Entretanto a Corte Norte Americana voltou a enfrentar a questão dos *punitive damages* com o fundamento da VIII Emenda Constitucional Americana. Nos anos 80 e 90 a opinião publica assistia com atenção a julgamentos de danos punitivos onde a condenação era de valores exorbitantes. O caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. vs. Haslip* (1991) chamou a atenção porque discutia mais uma vez a constitucionalidade dos valores relacionados ao *punitive damages*. Nesse caso *Cleópatra Haslip* ajuizou uma pretensão contra a empresa *Pacific Mutual Life Insurance Co*, uma seguradora de saúde que deixou de cumprir o contrato estipulado de seguro de saúde. No julgamento de primeira instância, a empresa foi condenada a pagar a quantia de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) a Haslip a título de danos punitivos. Ao decidir esse caso, a Suprema Corte abriu um importante precedente.⁵¹

A Corte entendeu que esse caso não feria a VIII Emenda Constitucional Americana, baseado no já referido caso *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal*. Em relação á violação do devido processo legal, fundamentado na XIV Emenda Constitucional, a Corte firmou posicionamento em que:

⁵⁰ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

⁵¹ FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no Direito norte – americano**, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>. Acesso: em 21 de setembro de 2011.

O poder do júri de fixar danos punitivos poderia causar resultados extremos e inaceitáveis diante da cláusula do devido processo legal. No entanto, não se pode desenhar uma linha matemática entre os valores considerados aceitáveis e inaceitáveis de danos punitivos, de acordo com a Constituição.⁵²

O direito americano tem suas negatividades, mas também suas positivities. A primeira positividade é que o *punitive damages* é usado com menos frequência que se supõe. Outro ponto importante é que as indenizações em valores fora do comum são, em grande maioria, decisões não definitivas, proferidas pelo júri. Essas decisões são revistas em grau de recurso, de modo que é no mínimo equivocado considerá-las como exemplo do funcionamento do instituto do *punitive damages*.⁵³

Como negatividade, o sistema de julgamento pelo júri favorece indenizações desmesuradas ou desproporcionais. É razoável supor que o júri, composto por pessoas leigas, de formação variada não treinada e experimentada em relação a assuntos jurídicos, seja mais sujeito a equívocos e a preconceitos que um juiz de direito, principalmente quando uma grande corporação litiga contra uma pessoa física. Assim sendo, essas decisões não podem ser tomadas como por exemplo de como funcionaram os *punitive damages* em países em que as causas são julgadas por um juiz togado.

⁵² FONTENELLE, Bruno Cabral, Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

⁵³ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.208.

Capítulo 3 Aplicabilidade do Punitive Damages no Brasil.

3.1 Dificuldades de sua aplicabilidade

A dificuldade de uma aplicação do *punitive damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, deriva de uma série de fatores importantes a serem elencados a começar por um sistema jurídico diferenciado. No Brasil é adotado o sistema da família romano-germânica, diferente do sistema *Common Law* na qual verifica a base do sistema do *punitive damages* sendo adotado em países como Inglaterra e Estados Unidos. Nessa dificuldade fala o autor argentino Ramón Daniel Pizarro: “A primeira dificuldade é de ordem legal, dada a ausência de normas genéricas que permitam impor sanções”.⁵⁴

O problema inicial continua com a divergência doutrinária brasileira em relação à aplicabilidade do *punitive damages*. A doutrina que é contra o instituto, defende seu ponto de vista baseando-se na falta de coerência, pelo fato do dano moral não ter uma regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção, pelo contrário as que existem, sinalizam ao contrário.⁵⁵

Os Estados Unidos e a Inglaterra têm características que podem explicar maior aceitação histórica do instituto se for comparada com a atual discussão no direito brasileiro. O primeiro fator importante em relação à melhor aceitação do *punitive damages* nesses dois países principalmente, é a questão de sua colonização. Já no Brasil advém o aspecto religioso que teve maior influência nas idéias, assim como nos povos de origem latina.⁵⁶

No Brasil onde se verifica a possibilidade de aplicar o instituto somente em dano extra patrimonial essa idéia advém da responsabilidade civil ter uma evolução recente no direito brasileiro. Em países anglo-saxões o único objetivo

⁵⁴ PIZZARO, Ramón Daniel, **Responsabilidad de los medios masivos de comunicación**, 2. ed. Hammulabi: Buenos Aires, 1999. p. 188.

⁵⁵ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁵⁶ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 207.

era exclusivamente compensar a dor e o sofrimento, resultando em uma criação de uma categoria que é o instituto do *punitive damages*. No século XIX, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, o conceito de *actual damages*, na qual se incluem os danos compensatórios, foi ampliado, resultando em uma inclusão do prejuízo intangível, tendo como consequência a função compensatória dos *exemplary damages*. Contudo após estas mudanças, as cortes foram levadas de maneira natural a falar dos *exemplary damages* exclusivamente em termos de punição.⁵⁷

Outro fator importante de diferenciação é a nítida consagração da reparabilidade do dano moral na tradição, anglo saxã, tendo como base à idéia de compensação pecuniária da dor, tendo um repúdio a idéia de vingança, comparando com o pensamento católico onde o perdão sempre se destacou. Com isso países como Inglaterra e EUA aceitaram com naturalidade a idéia de uma punição puramente fundada na compensação financeira do sofrimento.⁵⁸

Contudo no Brasil isso não ocorreu, pela dificuldade da sociedade e dos operadores do direito em diferenciar o dano moral e o dano punitivo, e pela questão religiosa do direito canônico e sua influência cultural. As idéias de justiça comutativa que era defendida por São Tomaz de Aquino, oriundo de uma cultura influenciada pelo direito canônico, baniu qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro, achando-se que teria o enriquecimento ilícito.⁵⁹

O repudio à idéia de enriquecimento ilícito, e de compensação financeira do sofrimento, contribuíram para que se justificasse a indenização do dano moral com a idéia de punição do ofensor, resultando em uma sobreposição de dois conceitos diversos, passando a idéia da questão indenizatória como uma pena de caráter privado. Com isso idéias católicas em nações como o Brasil contribuíram para a condenação do instituto do dano moral como um instrumento de

⁵⁷ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 207.

⁵⁸ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p.208.

⁵⁹ NERY LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 208.

enriquecimento sem causa, sendo difícil de encontrar no fundamento da punição a legitimação para a reparabilidade do dano moral.⁶⁰

Outro fator importante e bastante interessante para que o instituto não fosse aceito na tradição brasileira é a forma de construção do Estado e da sociedade. A sociedade brasileira foi erguida, em virtude de sua forma centralizada de colonização, começando de cima para baixo, com a figura central do Estado, sendo representado inclusive na figura de um imperador, responsável pelo provimento da nação. Resultando dessa colonização um Estado Brasileiro transcendente aos seus cidadãos, e uma dependência destes para com Estado referente às suas relações, e, sobretudo, na questão de resolução de conflitos.⁶¹

Contudo a colonização Americana descentralizada e fundada não somente na exploração desenfreada, mas no estabelecimento social, permitiu a construção de um Estado diferentemente do Brasil de baixo para cima, resultado de um federalismo em sentido estrito. Assim, o individuo aparece como um dos pilares principais da formação da sociedade, e em outra esfera o Estado passa a ser um mero instrumento de ajuste das relações interindividuais. Concluindo que o Estado no ordenamento jurídico americano não o tornava transcendente em relação aos cidadãos.⁶²

Oriundo dessa colonização e pela influência do direito canônico sobre o instituto, e analisando o papel do Estado nas relações interindividuais e na resolução de conflitos a aplicação dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro, elenca-se uma série de fatores negativos. Começando nos dias atuais o instituto enfoca na conduta do autor do dano e sua reprovabilidade na sociedade, e isso faz com que o dano passe a ser analisado de forma secundária, e a conduta do autor do dano passa a ser primordial.

⁶⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos punitive damages. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 209.

⁶¹ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos punitive damages. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p 209.

⁶² LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos punitive damages. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p.209.

Ademais o instituto do *punitive damages* passa a imagem de exceder na questão das suas decisões judiciais, idéia oriunda da influência do direito canônico, trazendo para o autor da ação civil, um enriquecimento ilícito, na qual este se beneficia de um valor muito alto na qual nem ele pode suportar. Esta ideia é defendida pelo autor Vitor Fernandes Gonçalves: “que o recebimento de valores além da quantia devida a título de indenização estimula que a vítima não tome adequadas precauções, preferindo deixar ocorrer o ato lesivo a, evitá-lo, para assim ficar com o direito de pedir indenização punitiva”.⁶³ Além disso, o instituto seria um incentivador da indústria do dano moral, por ter valores elevados, e como a maioria dos advogados recebe, nesses casos, uma percentagem de tais valores, conclui que tais advogados tendem a desejar aceitar apenas causas em que possam pedir a indenização punitiva.⁶⁴

Esse perigo pode ser facilmente cogitado, se for considerado que as vítimas são estimuladas a pugnar não apenas por uma punição compatível com o agravo social causado pelo ato ilícito, mas sempre por maior valor, pois são maiores beneficiadas por tal aumento.⁶⁵ Esse maior valor pugnado pelo autor, nas indenizações punitivas, traz consigo um fator negativo, em que ele autor fica em uma posição muito mais favorável para negociar um acordo com o réu, resultado do valor exorbitante feito em reflexo de dano moral punitivo. Nesse sentido fica muito mais complicado para o réu negociar sendo que o autor tem um maior poder em relação a ele. Esses fatores trazem uma desvantagem para o réu, por ser mais vantajoso a negociação com o autor, do que arriscar em ser condenado a um valor incerto ou até mesmo tentar através de uma apelação a diminuição desse valor tendo que enfrentar encargos processuais.⁶⁶

O recurso de apelação implicaria em um desgaste de imagem do causador do dano, já um acordo faria com que o este fosse responsável pelos seus

⁶³ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 152.

⁶⁴ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005 p. 152.

⁶⁵ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005p. 153.

⁶⁶ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005 p.154.

atos ilícitos sem precisar enfrentar um procedimento processual. O problema é que esses acordos podem estimular a ação de pessoas de má-fé aproveitando-se para deduzir causas em bases infundadas, lucros através de um acordo judicial.⁶⁷

Outro fator negativo para introdução do instituto é que ele constituiria um estímulo à vingança; esse sentimento não se encaixaria numa sociedade moderna.⁶⁸ Ademais não traria somente problemas de esfera social individual. Problemas de esfera econômica iriam surgir quando houvesse condenações em que empresas ocupassem a posição de réu em ações indenizatórias com valores altos, colocando em risco sua saúde econômica, trazendo a necessidade de demissões de empregados, e em casos extremos levando ao fechamento de suas atividades. O instituto teria o efeito de desencorajar a iniciativa econômica, porque essas mesmas empresas repassariam para seus produtos ou serviços os valores de suas sentenças penais condenatórias, resultando com esse ato uma alta de preços para consumidores que utilizam desses serviços e produtos.⁶⁹

Além disso, um dos fatores importantes e negativos em relação aplicação desse instituto é a questão processual envolvendo o princípio do “bis in idem”. Por esse princípio, entende-se que muitos ilícitos civis constituem também ilícitos penais, a indenização punitiva poderia sujeitar o agente a uma dupla punição pelo mesmo fato tanto na esfera civil como na esfera penal.⁷⁰ É o que defende Vitor Fernandes Gonçalves:

A imposição de indenizações punitivas viola o princípio de que nenhuma pessoa pode ter violado sua vida, sua liberdade, o seu patrimônio, sem que se observe o devido processo legal levando,

⁶⁷ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005, p. 154.

⁶⁸ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 278.

⁶⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p. 279.

⁷⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 294.

além disso, o valor que é imposto ao ofendido viola o princípio da constitucionalidade, o da proporcionalidade.⁷¹

A própria Constituição Federal de 88, em seu artigo 5.º LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ou seja a implementação do instituto traria a idéia da não existência do devido processo legal, talvez uma das melhores conquistas do homem contra os abusos do poder estatal, em que o homem tem direito a ser julgado nos ditames da lei, sem abusos ou exceções.⁷²

3.2 Pontos positivos de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A função punitiva pode ser observada o instituto no âmbito da responsabilidade civil, além da esfera penal. Houve, entretanto, uma diminuição da importância da função punitiva no seio da responsabilidade civil ocasionada, em parte, por via da influência do Direito Canônico, mais concretamente da proibição da usura, mas também por força do deslocamento do pólo catalisador respectivo da conduta do agente do dano.⁷³

No direito pátrio, o atual Código Civil, Lei 10.406 de 2002, manteve algumas hipóteses de indenizações punitivas múltiplas existentes á época do antigo Código Civil de 1916, na qual o agente responsável pela conduta ilícita continua sendo punido com um pagamento de um *plus* em relação ao valor do prejuízo da pessoa lesada, em sanção a algum comportamento reprovável.⁷⁴ Um exemplo de indenizações punitivas no vigente Código de 2002, é sem dúvida alguma, no reproduzido no artigo 773 que fala “O segurador que, ao tempo do contrato, sabe

⁷¹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005 p. 154.

⁷² FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Elementos do direito: processo penal**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

⁷³ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 184

⁷⁴ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 184.

estar passado o risco de que o segurado pretende se cobrir, e, não obstante expedir a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.⁷⁵

Outros exemplos também são encontrados no artigo 939 á 941 do Código Civil Brasileiro, “em que a lei civil pune em dobro aquele que demandar por dívida já paga, ou o que demandar por quantia além da devida, com pena equivalente em relação ao excesso, salvo se houver prescrição”.⁷⁶ A lei de propriedade industrial (lei nº 9.279 de 1996), ao tratar dos atos de violação de direitos de propriedade industrial e dos atos de concorrência desleal, estabeleceu, no artigo 210: “os lucros cessantes do titular de direito violado serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os quais inclui, os benefícios que foram auferidos, pelo autor da violação do direito”.⁷⁷

Silvio Venosa faz uma observação sobre o caráter punitivo da responsabilidade civil sugerindo que é inafastável que a indenização por dano moral não possua cunho compensatório somado ao relevante aspecto punitivo que não pode ser marginalizado. Há função de pena privada na indenização por dano moral, como reconhece o direito comparado tradicional:

Aliás, tal função de reprimenda por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo que essas indenizações apresentam para a sociedade. Quem, por exemplo, foi condenado por vultosa quantia indevidamente remeteu título a protesto, ou porque ofendeu a honra a imagem de outrem, pensará muito em fazê-lo novamente.⁷⁸

É necessário ter esses dispositivos inseridos no Código Civil de 2002, e também em leis, pelo fato da responsabilidade civil assumir um papel complexo, resultante do desenvolvimento da sociedade, e das enormes mudanças ocorridas principalmente no século passado que modificaram inteiramente as relações sociais (que passaram a ser impessoais). Os conflitos sociais

⁷⁵ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 189.

⁷⁶ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005 p. 189.

⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.235.

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190.

ultrapassaram a esfera individual, para alcançar grupos sociais ou mesmo toda a comunidade.⁷⁹

Como restou demonstrado o ordenamento jurídico admite várias espécies de penas civis, o que não se tem, é um modelo de regra específico, para a adoção do *punitive damages*. Para sua adoção é necessário a articulação do pedido de indenização punitiva com base em algum dispositivo legal, que permita essa articulação, respeitando o princípio da legalidade.⁸⁰

Ademais o instituto é recente e soma-se a dificuldade no Brasil em ter limites entre o público e o privado, em virtude de sua forma centralizada de colonização, de cima para baixo, o Estado brasileiro é transcendente aos seus cidadãos deixando de ver na responsabilidade civil um instrumento de correção das irregularidades socioeconômicas.⁸¹ Nos EUA o *tort Law* nasceu como forma de resolver questões puramente interindividuais, e o *punitive damages* surge justamente quando as relações interindividuais passam a afetar outras esferas da sociedade.⁸²

Na doutrina brasileira a autora Maria Celina Bodin de Moraes, apesar de ser contra a aplicação do instituto, admite excepcionalmente a aplicação da figura da indenização punitiva:

Quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, á consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada, e na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos.⁸³

⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 222

⁸⁰ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 199.

⁸¹ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011.

⁸² LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 211.

⁸³ MORAES, Ana Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003. p. 263.

Um ponto fundamental em relação ao instituto do *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio seria um instrumento a proteção, a personalidade e a dignidade da pessoa humana. O instituto do *punitive damages* teria uma leve implementação, independente de qualquer legislação vigente, por ser aplicável ao dano moral. Retira seu fundamento da Constituição Federal, estabelecido no seu artigo 1º, inciso III, “dignidade da pessoa humana”, encontrando aqui sua base lógica, legal e jurídica.⁸⁴

Ademais a aplicação dessa forma especial de sanção constitui um reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, estabelecido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos 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 decorrente de sua violação”. E o mesmo artigo no inciso V “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral a imagem”, esses princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, e orientam o operador jurídico que aplique todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.⁸⁵

A indenização punitiva nasce na responsabilidade civil, não apenas como uma reação legítima e eficaz contra a lesão e ameaça de lesão a princípios constitucionais, mas como uma medida altamente eficaz para a proteção desses princípios. Em muitos momentos a defesa de tais princípios fica totalmente ineficaz, e a melhor forma de proteger tais princípios é através de uma sanção efetiva, que constitua um desestímulo, ou dissuasão da conduta do ofensor, ou até mesmo de terceiros que pudessem comportar de forma igualmente reprovável.⁸⁶

Não é possível contar apenas com as leis penais, ou até mesmo com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da

⁸⁴ MORAES, Ana Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003. p. 290.

⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 237

⁸⁶ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.238.

personalidade, sendo que a sociedade de hoje vem mudando seus preceitos ideológicos, com o predomínio de um pensamento liberal, com sua vertente econômica voltada ao um capitalismo, tornando a sociedade mais desigual, além das facilidades proporcionadas pelo avanço tecnológico.

Com isso a lei tipicamente penal não tem como prever tipos delituosos fechados, e nem todos os fatos danosos, razão pela quais muitas ofensas, à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade escapam da jurisdição penal.⁸⁷ O instituto poderia ser uma arma eficaz, trazendo um aspecto importante ao indivíduo quando fosse beneficiado pelo instituto do *punitive damages*. Esse indivíduo não estaria somente inserido como litigante na relação processual apenas aos seus interesses individuais, mas também como uma ferramenta que traz ao Estado o conhecimento de uma situação que pode vir a prejudicar outros sujeitos. No já citado caso da *BMW vs. Gore*, em que o montante indenizatório no valor de US\$ 4 milhões de dólares em *punitive damages* foi atribuído ao autor, levou-se em consideração o prejuízo sofrido por compradores de cerca de 1.000 automóveis repintados na mesma situação do autor da demanda, observando-se nesse caso a importância do indivíduo social, em que o autor evitou que 1.000 compradores fossem lesados. Deu-se uma lição pedagógica a outras empresas para que não cometessem o mesmo erro.⁸⁸

Os países de origem romano-germânica, como o Brasil, tem essa dificuldade de ver no instituto uma possível luz em relação aos conflitos inter individuais, e a possibilidade de amplificação atingindo o coletivo. O *punitive damages* com punições exemplares, traz um norte a empresas, e a ofensores. Princípios como da precaução e da prevenção assumiriam um lugar de destaque, porque o instituto traria junto consigo um caráter pedagógico (preventivo): pensar duas vezes antes de prejudicar alguém.⁸⁹

⁸⁷ GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005. p. 245.

⁸⁸ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 211.

⁸⁹ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão dos *punitive damages*. **Revista de Direito Privado**, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 212.

Além disso, por razões e fatos diversos, nem sempre a sanção penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva se mostra um instrumento extremamente eficaz, e um instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.⁹⁰

3.3 A problemática do cálculo do quantum para efeitos de cálculo do dano.

O dano por sua própria natureza é muitas vezes insuscetível de apreciação pecuniária. O dano mais difícil de fazer mensuração é o dano moral que consiste em uma lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito terá repercussão em seu interesse, e esse mesmo interesse, que será pressuposto desse direito para que o lesado possa a vir a ser indenizado.⁹¹

Somente a pessoa natural pode ser atingida nesse patrimônio, porém em nossa jurisprudência acumula-se a admissão do dano moral à pessoa jurídica, por extensão desse conceito às pessoas naturais que dela participam. Além disso, os entes personalizados têm direito à proteção de seu nome.⁹² No entanto, se por um lado o aspecto extra patrimonial do ser humano não tem preço, por outro os danos dessa natureza merecem proteção e devem ser reparados a luz do nosso ordenamento vigente.⁹³

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma dificuldade de quantificar o dano moral, ou seja, dificuldade de se quantificar o valor do dano causado pelo agente, enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a

⁹⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239.

⁹¹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 95.

⁹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 649.

⁹³ MENEZES, Luciana Duarte Sobral, Influencia do caráter punitivo do dano moral na fixação do quantum debatur. **Revista Consulex**, ano 330, 15 out. 2010.

vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula. A reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.⁹⁴ A dificuldade é apaziguada pelos dispositivos referentes no Código Civil de 2002 através de seu artigo 953 parágrafo único, que fala: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.⁹⁵

Antes da Constituição Federal de 88, vários dispositivos legais estabeleciam critérios para a quantificação do dano. Uma das primeiras tentativas de se estabelecer um limite padrão para a quantificação pecuniária do dano moral foi com a Lei de Imprensa, no Código Brasileiro de Telecomunicações que mandou fixar entre 5 e 100 salários mínimos para hipóteses de calúnia ou difamação.⁹⁶ Não há limitações pré-determinadas por lei, para fixação do quantum nas indenizações por dano moral, durante muito tempo esse critério serviu de norte para o arbitramento das indenizações em geral.

A lei de Imprensa (lei nº 5.250 de 1967) em seus artigos 51 e 52 limitavam a determinados números de salários mínimos a responsabilidade civil do jornalista profissional e da empresa que explora o meio de informação ou divulgação, o artigo 53, no entanto, continua a ser aplicada na generalidade dos casos, com a situação econômica do lesado, a intensidade do sofrimento, a questão da sua gravidade, a natureza, a repercussão da ofensa, o grau de culpa também é levado em consideração, e o mais importante a situação econômica do ofensor.⁹⁷

Nesse sentido o Ministro Carlos Alberto Direito, quando ainda era desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da 1ª Câmara da Civil do respectivo estado, na parte da ementa da apelação cível, diz assim:

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 4. Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 378.

⁹⁵ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010., p. 96.

⁹⁶ MELLO, Nehemias Domingos de, **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 166.

⁹⁷ DOMINGOS DE MELLO, Nehemias, **Dano Moral: Problemática do Cabimento da Fixação do quantum, 1º Ed**, Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 165.

A indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para empresa que explora meio de informação e divulgação, mesmo porque a natureza da regra constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da Lei Imprensa⁹⁸.

Ademais o voto foi fundamentado da seguinte maneira:

A nova constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos á integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou á imagem, (inciso V), e declarando invioláveis a intimidade, á vida privada, a honra, a imagem, das pessoas, assegurando o direito á indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).⁹⁹

Com essa disciplina a Constituição Federal de 88 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação de direitos subjetivos fundamentais. Nesse mesmo sentido submeteu a indenização por dano moral ao Direito Civil Comum, e não para uma lei especial.¹⁰⁰ Não há limitações pré-determinadas por lei para que se obter a quantificação por dano moral, e nem limite na Constituição Federal.

Lembre-se que houve uma idéia para tentar solucionar a problemática do quantum indenizatório, com a tarifação. Entretanto foi derrubada pela entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. A idéia de tarifação previa o máximo para uma indenização de categoria leve (R\$ 20.000,00) sendo considerado limitado e médio seria o valor de R\$ 90.000,00, e finalmente sendo considerado

⁹⁸ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 96.

⁹⁹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010.. p. 96.

¹⁰⁰ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 97.

grave poderia atingir o limite de \$ 180.000,00. Tal iniciativa não obteve resultados, mas trouxe à tona a discussão do quantum debatur.¹⁰¹

A tarifação se mostra inconveniente num primeiro momento até por quebrar o princípio da equidade, na medida em que limitará os poderes de juiz para aplicação da justiça ao caso concreto. Outro ponto desfavorável: a questão da tarifação traz consigo um direito inerente do indivíduo já previamente tarifado, sem considerar as peculiaridades de cada caso, e ao mesmo sentenciando como uma perfeita dosimetria do valor indenizatório. Assim defende também Maria Helena Diniz: “tarifar não seria a solução ideal para encontrar o justo equilíbrio na questão da indenização do dano moral, teria que ter critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa, uma vez que não se fixam pisos nem máximos e nem mínimos, deixando uma margem de avaliação judicial, que possibilite transpor uma regulação prevista em lei”.¹⁰²

Ademais, com essa idéia não haveria como harmonizar o preconizado na Constituição, que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema tarifado.¹⁰³ Não se trata, no entanto, de aplicação inflexível, mas de mera base de raciocínio do juiz, que não está adstrito a qualquer regra nesse campo, pois, com freqüência, há necessidade de serem fixados valores muito acima do máximo estabelecido nessa legislação. Devem sempre ser sopesadas as situações do caso concreto. O juiz avaliará a magnitude da lesão sofrida pela vítima, utilizando-se da prova, da realidade que o cerca e das máximas da experiência, e se tratando de dano moral a mesma situação pode atingir de forma diversa cada pessoa.¹⁰⁴

O desembargador de São Paulo e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cesar Peluso em um voto proferido em um caso na qual se tratava

¹⁰¹ MELLO, Nehemias Domingos de, **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 166.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 200.

¹⁰³ MELLO, Nehemias Domingos de, **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.168.

¹⁰⁴ MELLO, Nehemias Domingos de, **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.168.

das limitações impostas pela Lei de Imprensa. Defendeu firme oposição quanto a não se poder, em nome de eventuais demasias querer limitar através de lei subalterna a amplitude do quantum a ser fixado por indenizações decorrentes de danos morais. Porque assim, de alguma maneira estaria se colocando em risco o princípio da indenização justa e proporcional, já que, para obter resultado que mais se aproxime do justo, equilibrado, tem que se fixar caso por caso, segundo as condições das pessoas, sem limitações abstratas capazes de inutilizar o sentido reparatório, intrínseco á indenização.¹⁰⁵

Inclusive a matéria de tarifação já foi Sumulada, pelo Superior Tribunal de Justiça na sumula 281: “A indenização por dano moral não está sujeita á tarifação prevista na Lei de Imprensa”.¹⁰⁶ Outro ponto de discussão é que a grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende, mesmo que com eventuais ressalvas, que o melhor critério para a fixação do quantum indenizatório por danos morais ainda é o prudente arbítrio do juiz.

Não há realmente outro meio mais eficiente para fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.¹⁰⁷

De qualquer maneira, não irá se atingir a perfeita equivalência entre a lesão e a indenização, por mais apurada que ela seja e justa, além dos artigos de lei apontando parâmetros. Em cada caso, deve ser aferido o conceito de razoabilidade. E sempre que for possível, o critério do juiz para estabelecer o quantum debeatur deverá se basear em critérios objetivos, evitando com isso valores aleatórios.¹⁰⁸ É importante a liberdade do juiz na fixação do quantum indenizatório, essa liberdade é encontrada no artigo 1060 do Código Civil de 2002,

¹⁰⁵ MELLO, Nehemias Domingos de, **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.169

¹⁰⁶ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 97.

¹⁰⁷ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 97.

¹⁰⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 189.

que diz: levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.¹⁰⁹

O juiz não poderá analisar a questão, a critérios que ele escolher ou mesmo julgar uma sentença que seja muito favorável ao ofensor esquecendo-se da vítima que sofreu o dano. No dano moral o juiz deverá ser justo, mas ele agirá sempre com o livre arbítrio, ouvindo as razões das partes, e verificando os elementos probatórios que foram apresentados. Além disso, sua decisão será examinada pelas instâncias superiores, e a fixação do quantum será por arbitramento ou por liquidação por artigos que autoriza a lei.¹¹⁰

Outro fator negativo em relação ao quantum indenizatório é impossibilidade de se fazer uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral, porque não há como se analisar uma dor, angústia a perda de um filho, ou até mesmo uma calúnia habitual que a pessoa vinha sofrendo. Por isso não há quantia na qual a dor do indivíduo diminua ou até mesmo desapareça.¹¹¹

Outro fato desfavorável para a questão do quantum indenizatório em relação ao dano moral é a questão do enriquecimento ilícito, que se dá através da reparação pecuniária do indivíduo que sofreu a lesão. Em Roma, determinado nobre se divertia passando pelas ruas e distribuindo bofetadas nos transeuntes, que após a ofensa, recebiam uma moeda em valor correspondente a taxa legal.¹¹²

A grande preocupação da atualidade é a falta de critérios para o quantum indenizatório. Não pode o judiciário pautar-se a valores ínfimos, nem também por valores que extrapolem o limite do bom senso, sob risco de se tornar um sistema jurídico desmoralizado. Neste mesmo sentido Sérgio Cavalieri Filho defende ser razoável aquilo que é sensato, comedido, moderado que guarda certa

¹⁰⁹ MELLO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.170.

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2002. p.84.

¹¹² MELLO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum**. Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004. p.170.

proporcionalidade.¹¹³ Devido á falta de regras no ordenamento jurídico nacional, tem se utilizado a analogia para arbitrar parâmetros para o quantum indenizatório, tendo como base os artigos 4º. 5º, da Lei de Introdução do Código Civil, que fala: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, com os costumes e os princípios gerais de direito, e na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e ás exigências do bem comum”.¹¹⁴

Entretanto, o juiz, ao arbitrar o valor de uma indenização, terá como referência os preceitos legais, subjetivos e vagos já falados, e além disso, terá como pontos influenciadores, valores éticos, morais, religiosos, familiares isto é, de seu sentimento individual, como uma forma livre e consciente, á luz das provas produzidas, no decorrer do processo judicial, valendo-se somente de critérios subjetivos. Porém, com esses critérios subjetivos não harmonizados, há um perigo real, que é a excessiva liberdade do magistrado, resultando em uma complicação para cálculo do quantum indenizatório, porque o bem lesado não possui dimensão econômica e patrimonial.¹¹⁵

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão pára que esta seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram, os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados, e a sanção seja proporcional ao dano.¹¹⁶

Exemplo de ilustração dessa liberdade do juiz tendo como base critérios subjetivos: uma ação indenizatória por danos morais dos pais que perderam seus filhos vítima da imprudência de um motorista. O juiz se for pai de uma criança

¹¹³ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 100.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Vanessa Justo de. Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente dolivre convencimento do magistrado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, ano p. 325, 10 out./dez. 2009.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Vanessa Justo de. Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente dolivre convencimento do magistrado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, ano p. 325, 10 out./dez. 2009.

¹¹⁶ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed, São Paulo: Atlas, 2010. p. 100.

da mesma idade e for o julgador do caso em concreto tende a punir o lesante de maneira mais rigorosa do que um julgador solteiro, sem filhos.

Outro caso exemplificativo de danos morais: o ofensor por não suportar latidos do animal de estimação da família da casa da vizinha resolve envenená-lo propositalmente. O juiz no momento de julgar o caso se não tiver simpatia por animais poderá estabelecer uma indenização ínfima. É inegável que para o juiz esses sentimentos e valorações influenciem no momento de se estabelecer uma decisão de dano moral.¹¹⁷

¹¹⁷ OLIVEIRA, Vanessa Justo de. Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, ano p. 325, 10 out./dez. 2009.

Conclusão

O objetivo foi analisar o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento jurídico americano, tendo como ponto central o instituto do *punitive damages* ou dano punitivo na questão do dano moral. Para tanto analisei casos em concreto de extrema relevância para o ordenamento jurídico americano, onde foi perceptível a importância do dano punitivo como instrumento e mecanismo para afastar a conduta do ofensor, que na maioria das vezes eram grandes empresas que prejudicaram seus consumidores de forma ilícita, objetivando lucros em sua receita.

A idéia do estudo desse instituto surge para abrir uma discussão relativa à uma responsabilidade civil que vem assumindo um papel de extrema importância, em função do rápido desenvolvimento da sociedade moderna, e que precisa de um mecanismo que acompanhe essa evolução. O presente estudo não teve como objetivo, macular o ordenamento jurídico brasileiro com a entrada de um instituto novo, que não encontra aqui sua base legal e jurídica, mas sim abrir a possibilidade de pegar idéias inerentes desse instituto e aplicar em nosso ordenamento. Essas idéias trariam um caráter mais pedagógico, psicológico, para ofensores e terceiros que viessem a cometer atos ilícitos, e também a empresas que melhorariam seus serviços, seus produtos para os consumidores, em decorrência do *punitive damages* e seu caráter pedagógico.

O Brasil, entretanto tem influencia do direito canônico, diferentemente dos países anglo-saxônicos, e isso resultou na dificuldade da aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto traria um enriquecimento ilícito sem causa ao autor do dano, sem contar que o réu ou ofensor ficaria em uma posição totalmente desconfortável. Existe um aspecto vingativo ao autor da ação diminuindo a possibilidade ao ofensor, de uma possível negociação. Contudo, a esfera penal tem dificuldade em abranger todos os crimes de uma sociedade moderna, que poderia ser muito bem apaziguada pelo instituto, que cuidaria de outros crimes, na qual a esfera penal não atende bem como, por exemplo, atos que atingem direitos personalíssimos, seria uma espécie de pena civil, tendo como obstáculo que não teria uma regra específica no ordenamento

pátrio, o que de alguma forma em minha opinião não traz uma jurisdição abrangente a todos, deixando de lado crimes que deveriam ser punidos.

Referências

ALDI, Antonio Jacob. **Notas actuales sobre derecho de daños**. Universidad de Costa Rica, p. 103. maio/ago. 2003.

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

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

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages) e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição Americana**. Disponível em: <http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml>. Acesso em: 03 out. 2011.

FONTENELLE, Bruno Cabral, **Precedentes sobre a teoria do valor do desestímulo no direito norte – americano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano>>. Acesso: em 19 set. 2011.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Elementos do direito**: processo penal, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, 4. Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005.

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

MELLO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática do cabimento da fixação do quantum.** Belo Horizonte, Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MENEZES, Luciana Duarte Sobral, Influencia do caráter punitivo do dano moral na fixação do quantum debatur. **Revista Consulex**, ano 330, 15 out. 2010.

MORAES, Ana Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana.** Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa Justo de. Reparabilidade do dano moral puro: fixação de novos parâmetros de arbitramento do quantum indenizatório em vista à problemática de seu caráter axiológico e subjetivo decorrente do livre convencimento do magistrado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 40, ano p. 325, 10 out./dez. 2009.

PIZZARO, Ramón Daniel, **Responsabilidad de los médios masivos de comunicacón**, 2. ed. Hammulabi: Buenos Aires, 1999.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.