

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

ARTHUR MOYSÉS TEDESCO

**OBSTÁCULOS À UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO
DIREITO BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2019

ARTHUR MOYSÉS TEDESCO

**OBSTÁCULOS À UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO
DIREITO BRAISLEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do grau de bacharel em Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens
Barbosa Miragem

PORTO ALEGRE

2019

Dedico este trabalho à minha família, que
sempre me apoiou em todas as minhas
escolhas e empreitadas.

AGRADECIMENTOS

Certamente estas palavras não irão atender a todas as pessoas que fizeram parte dessa importante fase de minha vida, e muito menos a todas as pessoas que me acompanharam na trajetória que a precedeu. Portanto, presto meus agradecimentos àquelas que não estão presentes entre essas palavras.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem, pela sabedoria com que me guiou no decorrer deste trabalho.

Aos meus colegas de sala.

A Secretaria do Curso, pela cooperação.

Gostaria de registrar, ainda, meu reconhecimento à minha família e à minha namorada, cujo apoio sempre esteve presente, sem medida.

“No organic law can ever be framed with a provision specifically applicable to every question which may occur in practical administration. No foresight can anticipate nor any document of reasonable length contain express provisions for all possible questions.”

(Abraham Lincoln, 1861)

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma análise dos desafios da aplicabilidade dos *punitive damages no direito brasileiro*, traçando sua origem histórica, diferenciando, no que concerne à adequação da utilização mecanismo, os sistemas de direito positivo e de *common law*, fazendo breve análise de seu uso em países que operam sob o sistema de *common law*, discorrendo sobre as maiores críticas à sua adoção no Brasil, e apontando os reflexos da ausência de sua utilização ou da utilização de mecanismos análogos no país. Para tanto, é realizada uma análise de posições doutrinárias e jurisprudenciais, enfrentando os principais argumentos contrários e os principais argumentos favoráveis à sua aplicação.

Palavras-chave: *Punitive Damages*. Indenização. Responsabilidade Civil. Direito Civil.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the challenges of the applicability of punitive damages in Brazilian law, tracing its historical origin, differentiating, in regards to the adequacy of the mechanism use, the systems of positive law and common law, making a brief analysis of its use in countries operating under the common law system, discussing the main criticisms of its adoption in Brazil, and pointing to the reflections of the absence of its use or the use of similar mechanisms in the country. To this end, an analysis of doctrinal and jurisprudential positions is performed, confronting the main opposing arguments and the main arguments in favor of its application.

Keywords: *Punitive Damages*. Tort law. Civil law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 OBSTÁCULOS À UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
2.1 DEFINIÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA.....	10
2.2 PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA ADMISSÃO DE CRITÉRIOS ASSOCIADOS AO OFENSOR PARA MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	13
2.3 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E COMPROMETIMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA	16
2.4 OFENSA AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL	18
2.5 CONFUSÃO ENTRE FUNÇÕES PRECÍPUAS DE DIREITO CIVIL E DE DIREITO PENAL E O ASPECTO DE JUSTIÇA PRIVADA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA.....	21
2.6 INCOMPATIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	23
3 PROBLEMAS GERADOS PELA AUSÊNCIA DE MECANISMOS COMO A INDENIZAÇÃO PUNITIVA.....	27
3.1 ESTATÍSTICAS PROCESSUAIS DEMONSTRANDO A SOBRRERREPRESENTAÇÃO DE FINANCEIRAS E TELEFÔNICAS NO POLO PASSIVO DE PROCESSOS INDENIZATÓRIOS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO ..	27
3.2 A UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA EM CONDENAÇÕES POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TJRS.....	35
3.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL E INDENIZAÇÃO PUNITIVA.....	38
3.4 OS ATRATIVOS DA UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL	39
4 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46
JURISPRUDÊNCIA.....	49

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da possibilidade de adoção dos *punitive damages* tem ganhado prevalência em função de, como expõem Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, suas características funcionais “atraírem os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos¹”. Dessa forma, com condenações de pouca expressividade, observamos casos em que vale a pena perpetuar-se a conduta lesiva, pois esta é a alternativa economicamente mais atraente para os lesantes. O reflexo é uma sobrerrepresentação de demandas com matéria de relações de consumo dentro do judiciário brasileiro, apesar de ser este ramo recente no Direito, surgindo fortemente nos anos 60-70 do século XX, como aponta Cláudia Lima Marques², e um perfil previsível dos maiores litigantes.

A concepção clássica de responsabilização do sistema romano-germânico, inicialmente fundamentada exclusivamente sob a finalidade reparatória, revelou-se inepta para atingir os fins de reequilíbrio da situação rompida pela ocorrência do dano em uma larga gama de situações, nas quais não basta a mera reparação. Mesmo com a evolução desta concepção com a admissão das funções punitiva e dissuasória, a forma com que as condenações tem sido arbitradas não resultam em meios dissuasórios efetivos para o combate à prática reiterada de danos.

Os *punitive damages*, contudo, vêm carregados de peculiaridades, limitações e contradições, segundo grande parte da doutrina, e a possibilidade de sua adoção pelo Direito brasileiro gera críticas que serão expostas e discutidas neste trabalho.

¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

² MARQUES, Cláudia Lima. In: Manual de Direito do Consumidor. Antônio Herman V. Benjamin; Cláudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

O trabalho consiste em uma pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e estatística, e será estruturado da seguinte forma: no capítulo dois, será feita uma exposição e análise das principais críticas encontradas na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca da utilização dos *punitive damages* no Direito brasileiro.

No capítulo três serão analisados os problemas gerados pela ausência de mecanismos como os *punitive damages* no Direito brasileiro. Para tanto, serão apresentados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais e breve análise estatística, e apresentar-se-ão, ainda, possíveis alternativas para a solução destes problemas.

2 OBSTÁCULOS À UTILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo tratará dos obstáculos à utilização da indenização punitiva, como tradução de *punitive damages*, no direito brasileiro. Para tanto, o capítulo será pautado na diferença entre as origens do direito positivo e do *common law*, fazendo, também, breve análise de seu uso em países que operam sob este sistema.

Além dos referidos empecilhos, serão exemplificados problemas que a utilização da figura da indenização punitiva potencialmente provocaria. Tais reverses representarão aqueles mais comumente apontados pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

2.1 Definição da indenização punitiva

Conceito da tradição do *common law*, tendo origem no direito inglês, notadamente no *Statute of Councester*³, de 1278, e com destaque, atualmente, no direito norte americano⁴, os *punitive damages*, também denominados *vindictive damages* ou *smart money*, não se confundindo com os *compensatory damages*, que têm a finalidade de reparar os danos efetivamente causados⁵, e, tendo observado aperfeiçoamentos sucessivos a partir do século XVII, com a doutrina dos *exemplary damages*, aplicada às situações de danos extrapatrimoniais⁶, são melhor traduzidos para o português como indenização exemplar ou punitiva⁷ ou perdas e danos punitivas⁸, embora também seja adotada a expressão dano punitivo⁹, ou mesmo “valor de desestímulo¹⁰”, correspondendo a ideia de indenização punitiva¹¹ à quantia

³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 391.

⁴ *Ibidem*, p. 390.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 391.

⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. Clausula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 652, nota 1525.

⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 390.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228.

¹⁰ DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015. p. 47.

em dinheiro imposta com o propósito de punir (*punishment*) o demandado (*defendant*) e de prevenir (*deterrence*) que ele ou outros repitam o ato¹². Dessa forma, consiste a indenização punitiva, em outras palavras, “na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista sua dupla finalidade de punição (*punishment*) e de prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*)”¹³.

O autor português Pinto Monteiro, na mesma senda, define os *punitive damages* como “a quantia atribuída ao lesado, predominantemente no domínio das *torts*, muito além do necessário à reparação do dano, como forma de punição exemplar do lesante, em casos de especial gravidade, tanto em função de razões de ordem subjetiva (v.g., malícia), ou de ordem objetiva e social (v.g., poluição ambiental; produtos defeituosos), como também para impedir a reiteração de comportamentos ilícitos (v.g., casos de empresas em que os seus lucros ou benefícios são superiores aos prejuízos reais causados)”¹⁴, sendo importante salientar, contudo, como aponta Bruno Miragem, que não se confundem a função dissuasória da indenização e a função punitiva, que visa à prevenção de comportamentos futuros do ofensor e de terceiros, desencorajando novos comportamentos lesivos, enquanto a função punitiva mira o passado, examinando as circunstâncias do dano e o comportamento do ofensor, base da punição¹⁵. Já os juristas estadunidenses Richard A. Epstein, Charles O. Gregory e Harry Kalven Jr. assim os definem: “*punitive, or exemplary, damages are not designed to compensate the plaintiff for the losses suffered at the hands of the defendant, as that task has (in theory at least) been discharged by an award of actual damages. Instead, punitive*

¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.68.

¹² *Ibidem*, p.68.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “*punitive damages*” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

¹⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. Clausula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 651-652, nota 1525. O autor exemplifica essa última situação (evitar a reiteração de comportamentos ilícitos) com uma decisão de um tribunal da Califórnia que condenou uma companhia aérea ao pagamento de uma indenização de US\$ 5.003 a um passageiro em função da ocorrência de overbooking, sendo US\$ 3 pelo telefonema dado pelo cliente à esposa avisando o seu atraso e US\$ 5.000 a título de *punitive damages* para desestimular a reiteração de sua prática pela empresa aérea.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393-394.

*damages have a quasicriminal role, either to deter the defendant from the repeated commission of wrongful conduct, or to punish the defendant for some wrong deliberately and flagrantly committed*¹⁶”.

Alguns julgados importantes, referências na aplicação dos *punitive damages*, são o de *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, caso em que, posteriormente a incêndio de carro produzido pela empresa devido a colisão em uma autoestrada, averiguou-se que a multinacional deixou, em função da economizar quinze dólares por veículo produzido, de adotar medidas preventivas de incêndio em casos de colisão, havendo o tribunal reconhecido a responsabilidade objetiva da empresa, estabelecendo os *punitive damages*, inicialmente, em 125 milhões de dólares, quantia posteriormente reduzida para 3,5 milhões¹⁷; o caso de *Anderson v. GM*, no qual um júri ordenou a General Motors a pagar 4,9 bilhões de dólares para a família Anderson em função de um tanque de gasolina mal projetado que fez com que seu Chevy Malibu incendiasse após sofrer colisão traseira, sendo, a seu tempo, a maior condenação do gênero na história¹⁸; O caso em julho de 2000, na Flórida, em *class action* movida contra as empresas fabricantes de cigarros, tendo a condenação atingido 144,8 bilhões de dólares, a maior condenação por *punitive damages* até então¹⁹; e *Jodie Bullock v. Philip Morris USA Inc.*, a maior condenação por *punitive damages* da historia para um postulante individual, atingindo o montante de 28 bilhões de dólares, também tratando de fraude, negligência e responsabilidade objetiva de produtoras de tabaco²⁰.

Os *punitive damages*, nos Estados Unidos, apesar de sua crescente utilização e da magnitude cada vez maior das indenizações, constituem um remédio

¹⁶ EPSTEIN, Richard A.; Gregory, Charles O; KALVEN JR, Harry. Cases and Materials on TORTS. 4^a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1984. p.800. “A indenização punitiva ou exemplar não é projetada para compensar o demandante pelas perdas sofridas nas mãos do demandado, eis que essa tarefa (na teoria, ao menos), foi cumprida por uma indenização compensatória. Em vez disso, a indenização punitiva tem um papel quase-penal, quer para dissuadir o réu a repetição da conduta ilícita, quer para punir o demandado por algum erro cometido de forma deliberada e flagrante”. (Tradução livre do autor).

¹⁷ *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁸ *Anderson v. GM* (1999). Disponível em: <<https://www.psblaw.com/case-anderson-gm.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁹ *Liggett Group, Inc. v. Engle*, 853 So.2d 434 (Fla. 3d DCA 2003) Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/fl-supreme-court/1303403.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

²⁰ *Jodie Bullock v. Philip Morris USA Inc.* (2011). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1578065.html>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

extraordinário, somente adequado para determinados casos²¹. Eles não são considerados como um direito subjetivo da vítima, mas são concedidos pelo júri, dentro da sua esfera de discricionariedade, apenas em relações extracontratuais, não sendo, em regra, admitidos pela violação de um contrato. Exige-se também, em regra, a presença de dolo, malícia, fraude ou, pelo menos, culpa grave, não sendo compatível com a mera negligência (culpa leve)²².

Por fim, pode-se dizer que os *punitive damages* também podem assumir natureza acessória à indenização principal ou considerar-se como espécie de sanção civil²³. Consistem no valor de indenização em medida além do dano propriamente dito, de modo a cumprir a finalidade de punir o ofensor em razão de sua motivação, ou da reiteração da conduta, para servir como desestímulo a ele próprio e à generalidade das pessoas ao cometimento de condutas semelhantes²⁴.

2.2 Principais entendimentos doutrinários acerca da admissão de critérios associados ao ofensor para majoração da indenização por danos extrapatrimoniais

Conforme aponta Bruno Miragem, o Código Civil do Quebec, de sistema de direito continental, tem previsão expressa dos critérios de estabelecimento das indenizações punitivas, em seu art. 1.621, que estabelece: “Sempre que a lei prever a concessão de indenizações punitivas, estas não podem exceder, em valor, o que é suficiente para cumprir sua função preventiva. Deverá se ter em conta todas as circunstâncias relevantes, notadamente a gravidade da culpa do devedor. Sua situação patrimonial, a extensão da reparação que ele já é responsável perante o credor, e quando for o caso, se a obrigação de pagamento da reparação é assumida, no todo ou em parte, por um terceiro”²⁵. De forma semelhante, o Código Civil português, ao dispor sobre os danos extrapatrimoniais, estabelece, no art. 496º, 3, primeira parte, que “O montante da indemnização será fixado equitativamente

²¹ SUNSTEIN, Cass R. et al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: University of Chicago, 2002, p. 1 e 8.

²² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 19.

²³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 391.

²⁴ *Ibidem*, p. 391.

²⁵ *Ibidem*, p. 391.

pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494^o. O art. 494^o, de sua vez, define “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderá aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem²⁶”.

Em sua origem, os *punitive damages* ligavam-se aos prejuízos sem conteúdo econômico (danos extrapatrimoniais), embora, atualmente, o conceito de *actual damages* (danos efetivos) tenha sido ampliado²⁷. O que ocorreu foi que a preocupação central, quando se aplica a figura, passou a ser com a conduta do causador do dano²⁸, o que se observa na história atual, como no caso Gore (1996)²⁹, no qual a Suprema Corte dos EUA fixou três critérios para concessão dos *punitive damages*: a) grau de reprovabilidade da conduta do réu, em função não apenas do elemento subjetivo (dolo, malícia), mas também da natureza do prejuízo (físico ou meramente econômico), indiferença com a saúde e segurança da vítima, vulnerabilidade financeira da vítima e repetição da conduta; b) disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*; c) diferença entre os *punitive damages* e as multas impostas em casos semelhantes³⁰. No Brasil, a função punitiva propriamente dita tem lugar quando se tratar da fixação, mediante previsão legal, de multa civil, caso em que propriamente há de se reconhecer como sanção pecuniária a um comportamento do ofensor, a ser aplicado pelo juiz³¹.

²⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 18.

²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70.

²⁹ BMW of North América, Inc. v. Gore (1996). MORAES, 2003, p. 237; MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19. O consumidor (Ira Gore Jr.), médico no Estado de Alabama, comprou um automóvel BMW novo, em 1990, tendo constatado, nove meses depois, que algumas partes foram repintadas, pois o veículo fora atingido por chuva ácida no transporte da Alemanha para os Estados Unidos. Diante da omissão de informação relevante, moveu demanda indenizatória contra o distribuidor americano da BMW, postulando a quantia de quatro mil dólares pela depreciação do veículo e mil vezes esse montante a título de punitive damages (quatro milhões de dólares), o que foi acolhido pelo júri do tribunal de Birmingham. Houve a redução da indenização punitiva pela Suprema Corte do Estado do Alabama para dois milhões de dólares, ensejando novo recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que o acolheu para padronizar as características das indenizações punitivas constitucionalmente exageradas.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *op. cit.* p. 19.

³¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 394.

Sérgio Cavalieri Filho afirma, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, que “a indenização punitiva do dano moral deve ser 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 o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita³²”. Com esse entendimento, podemos concluir que a função punitiva mira o passado, examinando as circunstâncias do dano e o comportamento do ofensor, base da punição³³.

Da mesma forma, no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo, nos dias 29 e trinta de agosto de 1997, na mesma linha de princípios, em busca de critérios mais ou menos uniformes para a determinação do dano moral, unanimemente aprovaram a seguinte recomendação: “Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atentando-se ao nexos de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil (de 1916)³⁴, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado³⁵. Na jurisprudência brasileira, observamos a análise do grau de culpabilidade perante o comportamento do ofensor ser utilizada tanto para agravar³⁶ a indenização quanto para reduzi-la³⁷. Esse entendimento é criticado por desconcertar-se do dano sofrido pela vítima para adotar como critério a sanção ao ofensor, sendo preciso haver demonstrado o elemento subjetivo do ofensor³⁸. Há divergências, nesta situação, relativamente ao abarcamento das hipóteses de responsabilidade objetiva³⁹.

³² FILHO; Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

³³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

³⁴ BRASIL. Lei 3.071/1916, de 1º de janeiro de 1916. Planalto.

³⁵ FILHO; Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

³⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 394; STJ, REsp 207.926/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 12-6-1999, DJ 8-3-2000; STJ, REsp 355.392/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. 26-3-2002, DJ 17-6-2002; STJ, REsp 883.630/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16-12-2008 Dje 18-2-2009.

³⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 394; “Em se tratando de danos morais, o sistema de responsabilidade civil atual rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados” (STJ, Resp. 1.127.917/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 20-9-2012, Dje 30-10-2012).

³⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 394-395.

³⁹ Apontando que não excluem-se as hipóteses de responsabilidade objetiva, eis que ainda há presença de comportamento doloso: MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 395; Sustentando a impossibilidade do reconhecimento da função punitiva da indenização em situações de responsabilidade objetiva: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana

2.3 Ausência de previsão legal e comprometimento da segurança jurídica

Atualmente a maior dificuldade para a utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro é a ausência de texto legal que a acolha, apontando-se, em sua adoção, violação do princípio da legalidade⁴⁰. Além das tentativas de aceitação do mecanismo na fundamentação de decisões judiciais, que analisaremos posteriormente, houve tentativas de fazer o mesmo no poder legislativo.

Uma das experiências foi a inclusão do enunciado normativo do art. 16 no CDC, que, apesar de aprovado pelo Congresso Nacional, foi objeto de veto pelo Presidente da República⁴¹. Outra tentativa foi a do acréscimo de um parágrafo ao art. 944 do CC/2002, mas o respectivo projeto de lei foi rejeitado pelo Congresso Nacional⁴².

A única exceção admitida em nosso sistema jurídico de indenização com natureza punitiva é nas hipóteses de danos extrapatrimoniais coletivos⁴³, ou seja, quando a ofensa atinja os interesses coletivos ou difusos de um grande universo de

Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 23-24.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393.

⁴¹ O artigo, vetado pelo Presidente da República, previa que “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida a multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

⁴² O Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Dep. Ricardo Fiúza cotinha a inclusão de um § 2º no art. 944 com a seguinte redação: “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Tal alteração foi rejeitada, tendo o relator, Dep. Vicente Arruda, afirmado que: “A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não patrimoniais ou não econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz m arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição”.

⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.75.

pessoas⁴⁴. Mesmo nesse caso, porém, a indenização não se confunde com os *punitive damages*, pois não se destina à parte lesada, mas a um fundo público, cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados (consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico)⁴⁵.

Relativamente aos *punitive damages*, mesmo que fosse superada a discussão acerca de seu cabimento, um dos principais pontos controvertidos na doutrina e na jurisprudência, na atualidade, relativamente aos danos extrapatrimoniais, situa-se em torno dos modos de reparação, discutindo-se acerca da natureza da indenização e, especialmente, dos critérios para sua quantificação (tarifamento legal ou arbitramento judicial)⁴⁶. Sem o estabelecimento dos devidos parâmetros e critérios, haveria a possibilidade de fixação de valores excessivamente elevados de indenização a partir do arbitramento judicial, ferindo a previsibilidade das sanções⁴⁷. Segundo Bruno Miragem, no direito norte-americano esta crítica desloca-se para a disparidade entre distintas decisões do júri em ações indenizatórias, que ao tempo em que resultam de juízos nos quais o componente moral é notado, também resultam de dissociação entre o valor do dano individual e o valor da condenação⁴⁸. No Brasil, também carecemos de parâmetros para definir em qual medida o grau de culpabilidade do agente é admissível como critério para determinar a indenização de danos extrapatrimoniais⁴⁹.

No Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes observa que, embora a tese da função punitiva do dano moral não tenha sido acolhida pelo legislador, aponta que o número de adeptos, na doutrina e na jurisprudência, tem crescido significativamente⁵⁰. Há, contudo, dificuldade de sistematização jurisprudencial,

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263.

⁴⁵ Lei n. 7.347/85 (ação civil pública): “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.270.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 392.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 392, nota 456.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 394.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-218 A autora arrola como favoráveis à tese do caráter punitivo da indenização por dano moral, em maior ou menor grau, entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri Filho, Sérgio Severo, Clayton Reis.

conforme aponta Bruno Miragem⁵¹, não apenas sobre os critérios adotados na fixação da indenização de danos extrapatrimoniais, como também das consequências de sua aplicação, havendo manifestações do STJ, atualmente, somente quando os valores arbitrados a título de indenização por danos extrapatrimoniais são considerados irrisórios ou excessivos.

Admitindo-se a pertinência do argumento da ausência de previsão legal para a utilização das *punitive damages*, por óbvio que impossível que sua utilização fosse prevista de forma taxativa. Conforme aponta Caroline Vaz: “Deve ser lembrado que a multiplicidade e complexidade das relações estabelecidas no convívio social são tamanhas que não seria possível enumerar previamente, com taxatividade descritiva, todas as condutas omissivas ou comissivas revestidas de potencial suficiente ao cometimento de ilícito hábil à geração de dano moral, da obrigação de indenizar e ainda punir e/ou dissuadir”⁵².

2.4 Ofensa ao princípio da reparação integral

Entre os principais pontos levantados pelos críticos da utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro está suposta ofensa ao art. 944 do Código Civil, o qual estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano⁵³. Consistindo o mecanismo, como referido anteriormente, na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista sua dupla finalidade de punição (*punishment*) e de prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*)⁵⁴, haveria violação do

Contrariamente à tese, aponta José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 395.

⁵² VAZ, Caroline. Funções da responsabilidade civil - Da reparação a punição e dissuasão - Os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.129/130.

⁵³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 392.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “*punitive damages*” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

princípio da reparação integral, em torno do qual se articularia o instituto da responsabilidade civil⁵⁵.

Arruda Alvim, em palestra no IX Encontro dos Tribunais de Alçada, afirmou que “quanto à natureza do dano moral, alguns chegam a falar em pena, em castigo, e que, por isso mesmo, deve ser uma indenização alta, ou seja, exacerbada, de tal maneira que se contenha em seu bojo uma punição, com o fito de desestimular a prática de tais ilícitos. Tal linha de pensamento carregaria consigo uma ‘missão didática’ com esquecimento, todavia, de que estaria albergando também enriquecimentos indevidos⁵⁶”.

Mesmo entre posicionamentos mais comedidos, parte da doutrina acredita que sem texto legal expresso, o acolhimento da indenização punitiva, em nosso direito, esbarra exatamente na função indenitária do princípio da reparação integral, pois a extensão dos danos funciona como teto indenizatório, impedindo uma indenização superior ao seu montante efetivo. Desta forma, a imposição de *punitive damages*, seja com o propósito de punir o demandado (punishment), seja de prevenir atos semelhantes (deterrence), ensejaria uma indenização muito superior à extensão dos danos sofridos pela parte demandante, que não se mostra compatível com o princípio da reparação integral expressamente acolhido pelo art. 944, caput, em nosso sistema de responsabilidade civil⁵⁷. Importante salientar, contudo a redação consolidada no Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, o qual prescreve que: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”⁵⁸.

Paulo de Tarso Sanseverino afirma que “Esse obstáculo poderia ser contornado na indenização dos danos extrapatrimoniais em que não se têm uma demarcação clara da extensão econômica dos prejuízos sofridos pela vítima exatamente por não possuírem conteúdo patrimonial. Por isso, a indenização

⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

⁵⁶ Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, 2002, p.92. Vide mesmo autor: Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 3ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica Universitária, 1965, p.181.

⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

⁵⁸ Jornadas de direito civil: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direitocivil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso: 01 de novembro de 2019.

pecuniária correspondente, não tendo caráter propriamente ressarcitório (sendo a função reparatória o objetivo principal da responsabilidade civil⁵⁹) ou compensatório, mas natureza satisfatória, afastaria a aplicação plena do princípio da reparação integral também na sua função de limitar o ressarcimento apenas ao dano⁶⁰, embora, atualmente, tenha prevalecido uma concepção positiva ou substantiva para os danos extrapatrimoniais, ligando-os a bens jurídicos vinculados à esfera dos direitos da personalidade⁶¹, de forma que necessária a busca na jurisprudência para evitar disparidades excessivas entre as condenações, não sendo aceitável que casos semelhantes recebam soluções completamente díspares⁶².

Um dos argumentos mais utilizados⁶³ quando se defende a impossibilidade da utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro, especialmente na fundamentação de decisões judiciais, é o do enriquecimento sem causa. Assim o define Silvio Rodrigues: “O pagamento indevido é uma seção de um tema mais importante, a saber: o enriquecimento sem causa. E, ao invés de ser um efeito das obrigações, é uma de suas fontes⁶⁴”. Conforme ensina Pontes de Miranda, “cada pessoa tem seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se uma retira, por ato seu, ou não, do patrimônio da outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou do seu próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é injustificado. [...] A pretensão por enriquecimento injustificado, expressão mais larga do que enriquecimento sem causa, supões que o sistema jurídico tenha dado entrada, no mundo jurídico, ao fato da atribuição sem causa ou injustificada; portanto, que seja fato jurídico o enriquecimento injustificado⁶⁵”.

O STJ, no julgamento de AgRg no Agravo de Instrumento nº 850.273/BA⁶⁶, fundamentou a limitação da condenação no enriquecimento sem causa, alegando

⁵⁹ SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187.

⁶⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *op. cit.* p.75.

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.75.

⁶² *Ibidem*, p.75.

⁶³ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 4 Responsabilidade Civil. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 110.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo 26. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 119-120.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 850.273 - BA (2006/0262377-1). Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP). Brasília, 03 de agosto de 2010.

que o instituto encontra-se regulado no ordenamento jurídico pátrio no artigo 884 do Código Civil. Salieta-se que a corte veda a aplicação irrestrita do instituto das *punitive damages*, mas não sua utilização. No mesmo sentido temos a decisão do Recurso Especial nº 401.358/PB⁶⁷.

2.5 Confusão entre funções precípua de direito civil e de direito penal e o aspecto de justiça privada da indenização punitiva

Como lecionam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, “Indenizar – isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, “sem dano”, a parte lesada – é, sem nenhuma dúvida, função precípua da responsabilidade civil⁶⁸”. Em alguns momentos, porém, a responsabilidade civil ainda conserva resquícios de sua função sancionatória ou punitiva, apresentando a indenização pecuniária algumas características próprias das penas privadas⁶⁹. Embora concentrada na indenização, também pode ser identificada em outros institutos, como é o caso do uso das astreintes (multa imposta pelo juízo para assegurar a autoridade da decisão que determina o cumprimento específico da obrigação de dar, fazer ou não fazer)⁷⁰. Além da função reparatória, que é prevalente, a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina do princípio da prevenção⁷¹.

O Min. Moreira Alves, em erudita conferência proferida em seminário sobre “Responsabilidade Civil” promovido pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, ressaltou que a ideia de compensação – substituir a tristeza pela alegria – serve de fundamento à reparação do dano moral apenas em relação às vítimas de classe humilde, para as quais um aparelho de televisão, uma viagem, podem atuar como

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 401.358 - PB (2001/0169166-0). Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF da 1ª Região). Brasília, 05 de março de 2009.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “*punitive damages*” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 17.

⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.272.

⁷⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 390, nota 451.

⁷¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. RT, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 9-16, maio 1991, p. 11.

motivo de alegria. Mas, se esse fosse o único fundamento da reparação do dano moral, a vítima rica, de muitas posses, jamais seria indenizada. Por isso, entende que a reparação pelo dano moral tem também natureza de pena privada. É a justa punição contra aquele que atenta contra a honra, o nome ou imagem de outrem, pena, esta, que deve reverter em favor da vítima⁷².

Um dos pontos arguidos contrariamente à adoção dos *punitive damages* no Brasil é a confusão entre funções precípua do direito civil (reparar/compensar) e do direito penal (punir)⁷³. Como aduz Sergio Cavalieri, “em muitos casos o que se busca com a indenização é a punição do ofensor. Pessoas famosas, atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, constantemente declaram na petição inicial da ação indenizatória que o valor da eventual condenação será destinado a alguma instituição de caridade. O mesmo ocorre quando a vítima do dano moral é criança de tenra idade, doente mental ou pessoa em estado de inconsciência⁷⁴”. Nesses casos o papel punitivo da indenização acaba por sobrepor-se ao papel compensatório. Essa função oferece satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo de pena, de satisfação e de equivalência⁷⁵. Os *punitive damages* têm sido objeto de debate mesmo nos Estados Unidos, sendo alvo de fortes críticas, especialmente por se tratar de uma sanção do tipo penal aplicada fora do Direito Penal e, especialmente, sem as garantias do processo penal (*nullum crimen, sine lege*)⁷⁶, além de se discutirem os critérios para o cálculo dos valores das indenizações⁷⁷.

Pinto Monteiro, diferentemente, não faz a mesma observação de forma negativa, apontando que os *punitive damages* constituem um dos principais pontos de apoio dos autores que sustentam a necessidade de se redescobrir a pena

⁷² FILHO; Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁷³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393.

⁷⁴ FILHO; Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 774.

⁷⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.72.

⁷⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. Clausula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 655, nota 1525. O autor faz uma síntese dos principais tópicos debatidos no direito norte-americano em torno da “crise de identidade” dos *punitive damages*: a) invasão da esfera do direito penal; b) liberdade das cortes na fixação do seu montante; c) extensão aos ilícitos contratuais; d) condenação das empresas por atos praticados por seus empregados; e) cobertura por seguro de responsabilidade civil; f) custo social repassado ao público consumidor. A expressão “crise de identidade” é atribuída a Ponzanelli.

privada como medida de tutela complementar ao modelo reparatório, que se tem revelado incapaz de constituir eficaz medida de índole preventivo-sancionatória⁷⁸. O problema está em determinar se esta redesignação tem cabimento dentro do sistema jurídico brasileiro, discussão que será aprofundada no próximo item.

2.6 Incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema jurídico brasileiro

Como aponta Paulo de Tarso Sanseverino, a emancipação da responsabilidade civil em relação à penal ocorreu quando a função ressarcitória da reparação passou a predominar sobre a punitiva, distinguindo-se com maior clareza os ilícitos civis dos delitos penais e atribuindo-lhes efeitos diferentes⁷⁹, quais sejam reparação dos danos aos delitos civis, e atribuição de penas aos delitos criminais. Nos ordenamentos jurídicos vinculados à família romano-germânica, a rigorosa separação entre a responsabilidade penal e civil, especialmente a partir do Código Civil francês, determina que as penas privadas sejam vistas como resquícios da barbárie, entrando em desuso⁸⁰.

As penas privadas percorreram caminho distinto na família da *common law*, sendo preservada a sua admissibilidade. A primeira decisão no sentido de impor ao autor do dano uma reparação equivalente a um múltiplo do valor dos prejuízos sofridos pela vítima data de 1278 (Statute of Councester)⁸¹.

No direito francês, Yvonne Lambert-Faivre manifesta a sua contrariedade com o acolhimento dos *dommages-intérêts punitifs*, por discordar da inclusão da pena privada na responsabilidade civil⁸². Tece críticas ao modelo estadunidense, no qual os *punitive damages* constituem uma das causas da “deriva” de seu sistema de responsabilidade civil⁸³. Afirma, em um posicionamento consideravelmente mais radical do que o entendimento da maioria da doutrina brasileira, que sequer a

⁷⁸ MONTEIRO Antônio Pinto. Clausula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1999 p. 655, nota 1525.

⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.272.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 17.

⁸¹ *Ibidem*, p. 18.

⁸² LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation. Paris: Dalloz, 2000, p. 166.

⁸³ *Ibidem*, p. 166.

indenização por danos morais possui natureza punitiva, pois esses prejuízos apresentam uma realidade própria, não dependendo da culpa do responsável⁸⁴.

No direito alemão, a jurisprudência da Suprema Corte alemã (Bundesgerichtof) teve oportunidade de discutir a compatibilidade das *punitive damages* com o sistema jurídico alemão em caso relativo à exequibilidade de decisão proferida pela Corte Suprema do Estado da Califórnia⁸⁵. Embora afirmando a possibilidade, em tese, de aceitar a execução de uma decisão contendo indenização punitiva, não a aceitou, no caso concreto, por falta de indicações precisas do seu conteúdo. Além disso, deixou expresso o seu entendimento no sentido da incompatibilidade das *punitive damages* com o ordenamento jurídico alemão, pois o monopólio da ação penal é do Estado, não sendo admissível que um particular, além de impor a outrem uma sanção penal, possa com ela se beneficiar: “O ordenamento alemão prevê como consequência de uma ação ilícita somente o ressarcimento do dano, não também o enriquecimento do lesado”, acrescentando que “a punição e a função de prevenção são expressões de princípios da responsabilidade penal”⁸⁶.

No direito brasileiro, as mesmas dificuldades estão presentes, discutindo-se também a possibilidade de aceitação da indenização punitiva (*punitive damages*)⁸⁷, que aliás, aparentemente, tem sido reconhecida, em alguns casos, pela jurisprudência, na fundamentação da indenização por danos extrapatrimoniais⁸⁸. Sua utilização, mesmo como simples argumento, pode ser considerada particularmente inadequada nos casos de responsabilidade objetiva, pois, por sua própria natureza,

⁸⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation. Paris: Dalloz, 2000, p. 166.

⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 253. Um cidadão alemão foi condenado pela justiça norte-americana (Estado da Califórnia) a uma longa pena por abusos sexuais praticados em um menor, bem como ao pagamento de uma indenização no valor total de US\$ 750.260,00, incluindo US\$ 400.000,00 a título de indenização punitiva (exemplary ou punitive damages). Como o demandado retornara para a Alemanha, a vítima postulou a execução da decisão na justiça alemã.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 256.

⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.74.

⁸⁸ BRASIL, STJ, 2ª T., REsp 604.801/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23-3-2004, DJ de 7-3-2005, p. 214: ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido.

não envolvem discussão de culpa, não se compatibilizando com a imposição de pena privada⁸⁹. A atração exercida pelos *punitive damages*, com o duplo papel de punir o autor do dano e de servir como dissuasão da prática de certo comportamento social, está na ultrapassagem da cisão entre funções do direito civil, pautada na restituição ao status quo ou na compensação monetária do prejuízo sofrido e do direito penal, ao qual cabe o papel de punir, nas hipóteses previstas em lei⁹⁰.

Conforme expõe Sanseverino, “é fato que a indenização punitiva é aceita na Inglaterra e nos Estados Unidos, mas a jurisprudência dos dois países estabeleceu critérios rigorosos e restritivos para o seu reconhecimento e para a sua quantificação⁹¹”. Os críticos da adoção dos *punitive damages* no direito brasileiro apontam que no Brasil, além de carecer de fundamentação legal⁹², o grande risco é uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nem nos países da common law (v.g., responsabilidade objetiva)⁹³. Outro problema apontado pelos críticos da adoção do instituto é o possível incentivo a demandas judiciais reclamando danos extrapatrimoniais em situações nas quais não há, necessariamente, lesão à personalidade⁹⁴.

O que se conclui é que, fossem superadas as discussões acerca do cabimento de mecanismos punitivos dentro da responsabilidade civil, a adoção dos *punitive damages* não somente no Brasil, mas também em quaisquer países com ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica ainda teria como barreira a indispensabilidade de expressa previsão legal para tanto. Necessária, ainda a determinação dos critérios de utilização do mecanismo, de forma a afastar ameaças à segurança jurídica. Tais limitações, contudo, podem representar dificuldades

⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *op. cit.* p.76.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16; MONTEIRO, Antônio Pinto. *Clausula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, notas 1536 e 1537, p. 660-663.

⁹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.273.

⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 328-331; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 320.

⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *op. cit.* p.273.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393.

insuperáveis, de forma que a análise de viabilidade de alternativas⁹⁵ mostra-se uma necessidade.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 18, Rido de Janeiro, Padma, abr. jun. 2004, p. 77.

3 PROBLEMAS GERADOS PELA AUSÊNCIA DE MECANISMOS COMO A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

O presente capítulo tratará dos problemas gerados pela ausência de mecanismos como a indenização punitiva no direito brasileiro, bem como dos atrativos do instituto oriundo dos sistemas de *common law*. Para tanto, será tecido um breve comentário acerca de estatísticas processuais que mostram a sobre-representação de financeiras, telefônicas e provedoras de internet no polo passivo de processos indenizatórios, condição na qual tipicamente figuram por violação da boa fé objetiva, bem como uma análise da utilização dos *punitive damages* em condenações por danos extrapatrimoniais na jurisprudência do TJRS. Será realizado, ainda, um estudo dos posicionamentos doutrinários relacionados a estas questões.

O objetivo da análise de estatísticas processuais é demonstrar a existência denexo causal entre a ausência, no direito brasileiro, de mecanismo com função igual ou análoga à dos *punitive damages*, com caráter punitivo e desestimulador, e a referida sobre-representação. A análise jurisprudencial, na mesma senda, tem o fim de expor o caos gerado pelo uso não regulamentado da indenização punitiva, bem como mostrar alternativas possíveis à conjuntura atual.

3.1 Estatísticas processuais demonstrando a sobre-representação de financeiras e telefônicas no polo passivo de processos indenizatórios no judiciário brasileiro

Anualmente, desde 2004, o CNJ disponibiliza o relatório Justiça em Números, o qual, segundo o órgão, é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, buscando “mostrar a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”.

A fim de analisar quais são os tipos de demandas mais comuns na história recente do judiciário brasileiro, bem como quem são os maiores litigantes, juntamos imagens dos assuntos mais demandados disponíveis nos relatórios “Justiça em Números” de 2017, 2018 e 2019, com dados dos anos 2016, 2017 e 2018, respectivamente, assim como gráfico feito pelo jornal Gazeta do Povo mostrando os

maiores litigantes da justiça brasileira, também com base em dados fornecidos pelo CNJ em 2012.

O interesse nas informações disponibilizadas é, tendo o perfil das maiores demandas e os maiores demandados, concluir se a utilização dos *punitive damages* ou de mecanismo análogo a este teria a capacidade de modificar estes dados. Da mesma forma, pretende-se analisar se esta modificação teria o condão de servir à consolidação de princípios constitucionais brasileiros que atualmente são desrespeitados.

Figura 1 - Assuntos mais demandados em 2016

Figura 144: Assuntos mais demandados

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL – Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2017.

Figura 2 - Assuntos mais demandados em 2017

Figura 160: Assuntos mais demandados, em 2017

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO – Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO – Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR – Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Auxílio – Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO – Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Organização Político-administrativa / Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO – Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO – Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL – Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL – Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

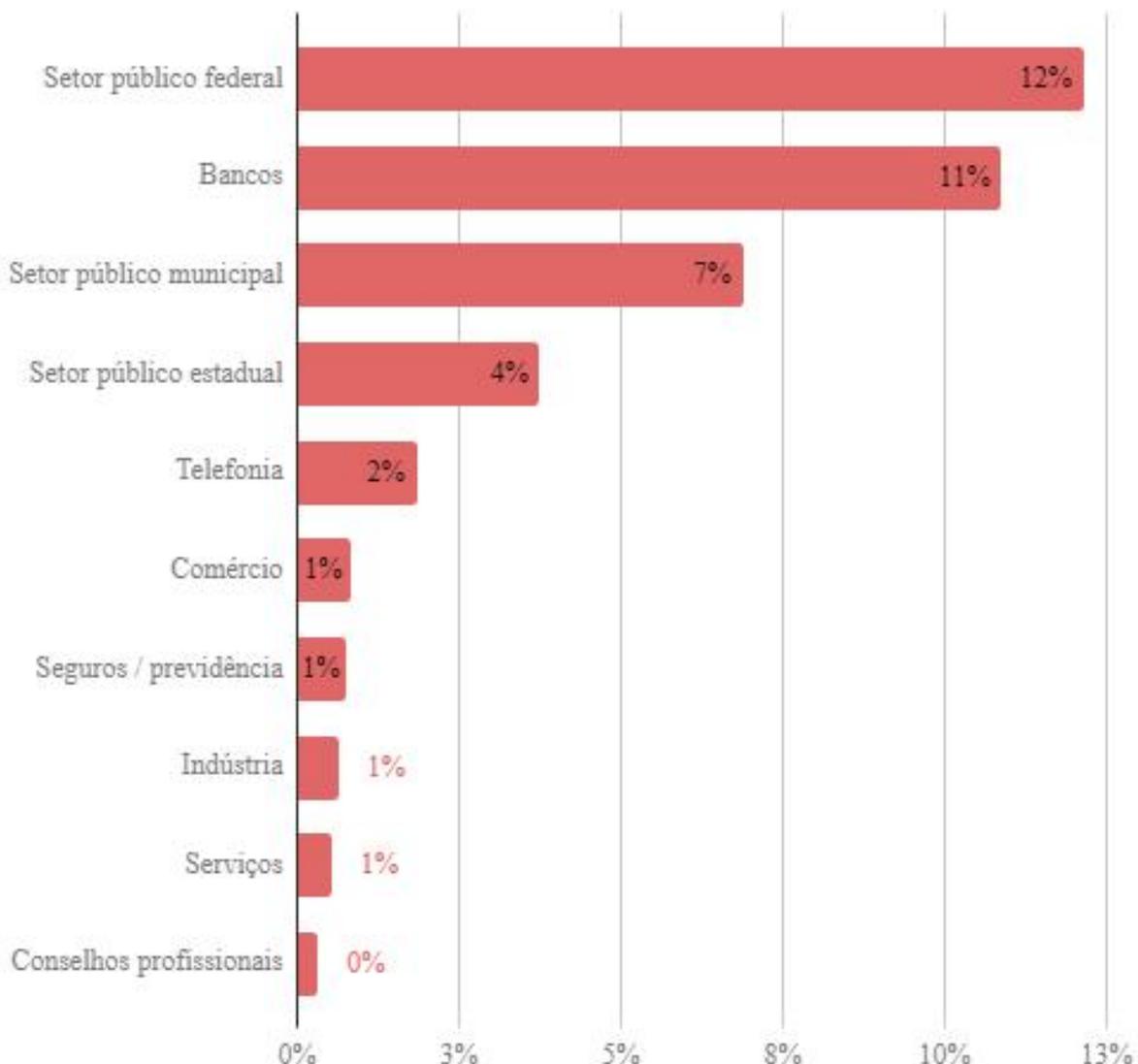
Fonte: CNJ. Justiça em números 2018.

Figura 3 - Assuntos mais demandados em 2018

Figura 179: Assuntos mais demandados

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	3.750.967 (9,03%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	461.823 (1,11%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	396.521 (0,95%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	296.616 (0,71%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	263.627 (0,63%)
Superiores	1. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Atos Processuais/Nulidade	46.587 (0,11%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Solidária / Subsidiária/Tomador de Serviços / Terceirização	44.260 (0,11%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	38.610 (0,09%)
	4. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	38.550 (0,09%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	26.180 (0,06%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	3.744 (0,01%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	1.884 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	1.488 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Furto	1.110 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Falsidade	853 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar	1.711 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	1.042 (0,00%)
	3. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime	491 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Partes e Procuradores/Assistência Judiciária Gratuita	328 (0,00%)
	5. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Tutela Provisória/Liminar	287 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	787.728 (1,90%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	512.416 (1,23%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	228.115 (0,55%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Organização Político–administrativa / Administração Pública/FGTS/ Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	227.952 (0,55%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	219.636 (0,53%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.582.067 (3,81%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.554.376 (3,74%)
	3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	860.228 (2,07%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	789.071 (1,90%)
	5. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	781.192 (1,88%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Alistamento Eleitoral	150.742 (0,36%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	148.974 (0,36%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	119.170 (0,29%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Alistamento Eleitoral/Alistamento Eleitoral – Cancelamento	103.883 (0,25%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Partidos Políticos/Prestação de Contas – De Exercício Financeiro	73.331 (0,18%)

Fonte: CNJ. Justiça em números 2019.

Figura 4 - Maiores litigantes

Fonte: obtida no site <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-congestiona-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao-bkyvzcz1ymckd5cnu9zuqz13/#ancora-1>. Acesso em 30 out. 2019; CNJ. 100 MAIORES LITIGANTES. 2012.

Podemos verificar, analisando as informações presentes nas figuras, que há, na Justiça Estadual, uma sobrerrepresentação de processos tratando de obrigações e de relações consumeristas, e que bancos e empresas de telefonia (que também são, via de regra, as provedoras de internet) representam uma parcela desproporcional dos litigantes. Fato é que muitas empresas tem a prática de realizar cálculos estimativos de quanto gastarão com indenizações judiciais, inserindo o valor no balanço de contas e chegando à conclusão de que vale a pena, em termos

econômicos, continuar com as práticas lesivas. Ou, ainda, calculam o custo da prevenção frente ao custo do prejuízo, chegando ao mesmo resultado, especialmente comum nos casos de desastres ambientais. Nesse sentido o julgamento do Recurso Especial 598.281⁹⁶, de Minas Gerais: “No suposto da lesão a bens coletivos, e o meio ambiente, o dano moral admite uma função ressarcitória punitiva. O criticável na tese punitiva dentre desta matéria foi que pretendia ser excludente com relação a uma finalidade reparatória, e restritiva, ao permitir somente alguns casos específicos de ressarcimento. Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo. “Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória é a pena”. O que nos interessa por em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, para a destruição da razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionara. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína este negócio e permite a prevenção. Na concepção punitiva, não se reclama dinheiro como preço nem como reparação, mas como satisfação exigida do culpado, à vindicta, a pena. O dano moral é uma sanção por algo imoral”.

Com isso em mente, resta óbvio que a aplicação da responsabilidade civil em caráter meramente ressarcitório mostra-se insuficiente para tutela efetiva de direitos à luz da consolidação dos princípios amparados na Constituição Federal de 1988. Aqui relevantes os incisos V, X, e XXXV do art. 5^o⁹⁷ da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: V: “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito á indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; XXXV: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos”.

A necessidade de instrumentos punitivos dentro da esfera do direito civil revela-se no fato de que a proteção dos direitos personalíssimos nem sempre é consolidada limitada ao direito penal e ao direito administrativo, uma vez que o

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598281 / MG; RECURSO ESPECIAL. 1a Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavasck. DJ 01 jun. 2006, p. 147.

⁹⁷ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988.

espectro de infrações a estes direitos não é abrangido em sua integralidade pelos tipos penais fechados. Em resposta a essa necessidade mostram-se atrativos os *punitive damages* ou mecanismos análogos aos mesmos, uma vez que capazes não somente de satisfazer a função compensatória, mas também trazer atenção à conduta do lesante, a qual não necessariamente está restrita ao âmbito extrapatrimonial, se, como aponta Antônio Junqueira de Azevedo, “um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população⁹⁸”. Nesta descrição encaixam-se atos ilícitos que redundam em benefício de ordem econômica ao lesante, podendo superar a importância dos prejuízos causados ao lesado.

Este fato pode ser observado pelas informações trazidas pelas figuras acima, como no caso das telefônicas, nas situações pelas quais são levadas ao judiciário, desde cobranças indevidas e inscrições em cadastros de devedores sem notificação prévia e por dívidas inexistentes a fornecimento de internet com velocidade abaixo da contratada, as quais têm, via de regra, baixo reflexo econômico, mas não raramente são ocasionadas de forma dolosa, repetida e generalizada. Ressalta-se, ainda, que os números apontados pelo CNJ, mesmo mostrando a sobre-representação destes litigantes no judiciário brasileiro, não refletem a realidade, pois prejuízos inexpressivos pecuniariamente não resultam em muitas demandas judiciais, e assim persiste a lógica de produção baseada no lucro nocivo ao direito alheio. Com a utilização dos mecanismos punitivos, importante a lição de Marina Celina Bodin de Moraes, a qual justifica que “o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência ou imperícia, independentemente da extensão do dano⁹⁹”.

⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O Dano Social, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 380/381

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana (Uma leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 296.

3.2 A utilização da indenização punitiva em condenações por danos extrapatrimoniais na jurisprudência do TJRS

Como referido anteriormente, Maria Celina Bodin de Moraes observa que, embora a tese da função punitiva do dano moral não tenha sido acolhida pelo legislador, aponta que o número de adeptos, na doutrina e na jurisprudência, tem crescido significativamente¹⁰⁰. A discussão acerca a possibilidade de aceitação da indenização punitiva, ganha importância, também, pois, aparentemente, tem sido reconhecida, em alguns casos, pela jurisprudência, na fundamentação da indenização por danos extrapatrimoniais¹⁰¹.

O resultado é que podemos observar a dificuldade de sistematização jurisprudencial, conforme observa Bruno Miragem¹⁰², não apenas sobre os critérios adotados na fixação da indenização de danos extrapatrimoniais, como também das consequências de sua aplicação.

Luciana Gattaz, em artigo¹⁰³ publicado na Revista dos Tribunais, realizou pesquisa acerca da utilização dos *punitive damages* na jurisprudência nacional, chegando ao resultado que, dos 101 (cento e um) acórdãos analisados, apenas 9% admitiram a aplicação dos *punitive damages*, sendo que 22% não o admitiram e 69% admitiram só uma aplicação "restrita", ou seja, com ressalvas. Foram analisadas inclusive decisões dos tribunais superiores, como o caso do REsp 913.131/BA, no qual, apesar da aplicação do mecanismo ser admitida, a indenização, ocasionada por publicação de periódico que causou ofensa à honra e à

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-218 A autora arrola como favoráveis à tese do caráter punitivo da indenização por dano moral, em maior ou menor grau, entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri Filho, Sérgio Severo, Clayton Reis. Contrariamente à tese, aponta José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes.

¹⁰¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.74; BRASIL, STJ, 2ª T., REsp 604.801/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23-3-2004, DJ de 7-3-2005, p. 214: ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 395.

¹⁰³ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 6-9.

imagem da vítima, foi reduzida de R\$ 960.000,00 para R\$ 145.250,00, sob o fundamento de que "a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio", especificamente no art. 884 do CC/2002, que veda o enriquecimento sem causa. A conclusão da pesquisa foi que maioria dos julgadores utilizaram a vedação do enriquecimento sem causa como principal fator impeditivo da aplicação da indenização punitiva no país.

Apesar de o TJRS só ficar atrás da TJSC em relação à admissão da utilização dos *punitive damages*¹⁰⁴, a grande maioria dos julgados não admitem a utilização do mecanismo, apontando que "O alegado dano punitivo ("*punitive damages*"), consagrado no direito norte-americano, não possui previsão no ordenamento jurídico pátrio", como na AC: 70044771947¹⁰⁵, ou que "nosso ordenamento jurídico não se encontra lastreado na doutrina dos *punitive damages*, mas no princípio da reparação integral, mas sim no princípio da reparação integral do dano", como na AC: 70069601722¹⁰⁶. Porém, vemos casos que admitem o sua utilização, expressamente ou de forma indireta na fundamentação. Na AC: 70059069708¹⁰⁷, a Terceira Câmara Cível do TJRS fundamentou condenação por danos morais por inscrição em cadastro negativo sem notificação prévia baseando-se na ideia de "sancionamento ao lesante" (o "*punitive damages*" do direito norte-americano), a fim de desestimular comportamentos altamente lesivos aos direitos de outrem, arbitrando a indenização em R\$ 10.000,00. No julgamento do recurso cível 71004762076¹⁰⁸, a Segunda Câmara Cível do TJRS admitiu condenação por "dano moral punitivo" pela reiteração da conduta da ré, em caso de lançamento do seguro não contratado no cartão de crédito do autor, a despeito de demanda anterior, transitada em julgado, já ter decidido a respeito, fixando condenação em R\$ 3.000,00.

Podemos observar que mesmo quando a utilização dos *punitive damages* é admitida, os valores arbitrados são aumentados de forma ínfima, ou mesmo reduzidos, de forma muito diferente do que é feito nos países que utilizam o

¹⁰⁴ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive Damages no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 964, 2016, p. 8.

¹⁰⁵ TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70044771947. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. DJ: 21/05/2015.

¹⁰⁶ TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70069601722. Relator: Dilso Domingos Pereira. DJ: 08/06/2016.

¹⁰⁷ TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70059069708. Relator: Ana Paula Dalbosco. DJ: 26/08/2014.

¹⁰⁸ TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 71004762076. Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler. DJ: 28/05/2014.

mecanismo operando sob o sistema de *common law*. O arbitramento de indenizações feito nos moldes observados não aparenta ter o condão prevenir condutas lesivas por parte do Estado, de fornecedores e entre particulares¹⁰⁹.

Rogério Donnini aduz que as mudanças sociais, econômicas e políticas pelas quais estamos passando têm reflexos diretos na maneira pela qual as decisões são fundamentadas. Como aponta, “com novos danos e aqueles antigos com nova roupagem tecnológica, em verdadeiras lesões em tempo constante, as decisões judiciais acerca da responsabilidade civil também enfrentam transformações, uma vez que novos danos aparecem com alto potencial lesivo, ofensas cuja grande extensão, repercussão social e gravidade eram desconhecidas. Destarte, uma visão ideológica com claros favorecimentos a grandes grupos econômicos já há tempos prevalece entre nós, com constantes assertivas a respeito da impossibilidade de fixação de uma indenização punitiva, além da proibição do enriquecimento sem causa da vítima¹¹⁰”.

Conforme elucida Sanseverino, embora na responsabilidade civil deva-se dar prevalência à reparação ou ressarcimento, a função preventiva da indenização por dano extrapatrimonial tem aparecido cada vez mais, estimulando, especialmente as grandes empresas, a adotarem medidas de prevenção para evitar a ocorrência reiterada de atos ilícitos da mesma natureza. Essa característica tem surgido com cada vez maior frequência nas ações de indenização por danos extrapatrimoniais, que se têm multiplicado especialmente contra as grandes empresas, aparecendo na fundamentação das decisões a referência ao seu aspecto didático-pedagógico. O aspecto negativo, juntamente com a ênfase conferida à função punitiva, é estabelecer, entre os nossos operadores do direito, confusão entre a reparação do dano extrapatrimonial e de indenização punitiva (os *punitive damages* ou os *exemplary damages*)¹¹¹.

¹⁰⁹ DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015. p. 44-45.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.275.

3.3 Diferenciação entre função punitiva do dano moral e indenização punitiva

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização por dano moral é o fato de não termos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção, mas que, na realidade, as que existem sinalizam no sentido oposto¹¹². A função punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)¹¹³.

Na jurisprudência, o STJ tem reafirmado, em seus julgados, a dúplici função da indenização por dano moral: “reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”¹¹⁴. Segundo a parte da doutrina que resiste à utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro, as referências feitas pelos tribunais, contudo, no arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais, à sua natureza punitiva não ensejam, por si só, que elas se enquadrem como modalidades de *punitive damages*, instituto típico do *common law*. Trata-se apenas, na realidade, de fundamentação voltada ao arbitramento equitativo da indenização calcada na sua função satisfatória¹¹⁵. As referências feitas à natureza punitiva da indenização para o dano extrapatrimonial, na jurisprudência, não chegam a caracterizar o reconhecimento das *punitive damages*, constituindo apenas argumentos para justificar o arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais¹¹⁶. Difere-se das *punitive damages*, portanto o caráter punitivo da indenização, que é o traço genérico da pena privada, atribuível, segundo

¹¹² FILHO; Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

¹¹³ *Ibidem*, p. 106.

¹¹⁴ BRASIL, STJ, 2ª T., REsp 604.801/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 23-3-2004, DJ de 7-3-2005, p. 214: ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido.

¹¹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 273.

forte doutrina, ao dano moral¹¹⁷. A função punitiva propriamente dita tem lugar quando se tratar da fixação, mediante previsão legal, de multa civil, caso em que propriamente há de se reconhecer como sanção pecuniária a um comportamento do ofensor, a ser aplicado pelo juiz¹¹⁸.

A construção histórico-dogmática das *punitive damages* no *common law* não se confunde necessariamente com a tradição de direito brasileiro que levou ao reconhecimento de funções punitiva e dissuasória à indenização¹¹⁹. Bruno Miragem, em sua obra Direito Civil: responsabilidade civil, aponta que no direito brasileiro, “ao estabelecer-se por arbitramento a indenização por danos extrapatrimoniais, já se encontra sob a decisão judicial, que, diante da falta de critérios legais expressos, permite larga margem de cognição judicial motivada, diante das circunstâncias do caso concreto, para avaliar a intensidade e a extensão dos danos sofridos pela vítima, assim como o dolo ou culpa grave do ofensor, não havendo, portanto, parcela adicional de indenização, visando cumprir finalidade punitiva, distinguindo-se de outra, com finalidade compensatória”¹²⁰.

Importante apontar, ainda, que não estão os *punitive damages* restritos aos casos de dano moral (*non-economic damages*). O propósito geral dessa espécie de indenização 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 terceiros¹²¹.

3.4 Os atrativos da utilização da indenização punitiva no Brasil

De acordo com Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler, as preocupações mais recentes da civilística com a justiça distributiva, principalmente em áreas como Direito Ambiental e Direito do Consumidor, trazem à tona discussões

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 24.

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.* p. 394.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 393.

¹²⁰ Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *op. cit.*, p. 393.

¹²¹ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a> Acesso em 10 nov. 2019. p. 18.

acerca do caráter sancionador e do caráter dissuasório da responsabilidade civil¹²². Levando em conta institutos que determinam a proteção do consumidor, que, como ensina Cláudia Lima Marques, “é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*) e é um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXIII), guiando – e impondo – a aplicação *ex officio* da norma protetiva dos consumidores, a qual realize o direito humano (efeito útil e *pro homine* do status constitucional); esteja essa norma no CDC ou em outra fonte (art. 7º do CDC)”¹²³ e o definem como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável¹²⁴, como o art. 4º do CDC, forma pela qual é positivado o princípio da vulnerabilidade, assim definido por Bruno Miragem: “O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor¹²⁵”, tal como a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo, com caráter de essencialidade à sadia qualidade de vida, como faz a Constituição brasileira, no art. 225¹²⁶, determinando sua proteção e preservação.

Conforme coloca André Gustavo Corrêa de Andrade, “a indenização punitiva atua como instrumento que busca o equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores¹²⁷”. Não há, no entanto, no Brasil, meios dissuasórios efetivos para o combate à prática reiterada de danos, e, apesar de haver uma grande quantidade de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais vedando práticas lesivas, o arbitramento de indenizações feito nos moldes atuais não ajuda a prevenir tais condutas por parte do

¹²² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *op. cit.* p. 16

¹²³ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16; Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, *caput, in verbis*. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹²⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 127.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *op. cit.* p. 16;

¹²⁷ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenização punitiva. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a Acesso em 17 jun. 2017. p. 18.

Estado, de fornecedores e entre particulares¹²⁸. Como atentam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, “as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos¹²⁹”.

Da mesma forma, a insuficiência do sistema atual para lidar com grandes desastres ambientais não só deixa a população com uma sensação de impunidade, como também não tem o condão de impedir novos desastres, como o caso do rompimento da barragem de Mariana – MG¹³⁰, em 05 de novembro de 2015, no caso do rompimento da barragem em Brumadinho – MG¹³¹, em 25 de janeiro de 2019, e o caso do aparecimento de manchas de óleo¹³² em praias do nordeste brasileiro, que iniciou no final de agosto de 2019. Da mesma forma tragédias envolvendo o patrimônio cultural e histórico, como o incêndio do Museu Nacional¹³³, no Rio de Janeiro, em 02 de setembro de 2018. A morosidade das ações investigativas e dos processos é parte do motivo da indignação, mas o arbitramento dos valores das multas e indenizações não corresponde aos anseios da população, e tampouco à

¹²⁸ DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015. p. 44-45.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “*punitive damages*” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

¹³⁰ SOARES, Ricardo. Tragédia de Mariana não tem punidos após mais de 3 anos, e processo está parado. G1. 09 mar. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2019/03/09/tragedia-de-mariana-nao-tem-punidos-apos-mais-de-3-anos-e-processo-esta-parado.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹³¹ FIÚZA, Patrícia; FREITAS, Raquel; COSTA, Débora. Brumadinho: 6 meses após tragédia, Vale é condenada pela Justiça de MG, mas inquérito segue sem conclusão. G1. 26 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/26/brumadinho-6-meses-apos-tragedia-vale-e-condenada-pela-justica-de-mg-mas-inquerito-segue-sem-conclusao.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹³² GUIMARÃES, Juca. Justiça manda governo Bolsonaro iniciar imediatamente ações contra óleo no Nordeste. Brasil de Fato. 21 out. 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/10/21/justica-manda-governo-bolsonaro-iniciar-imediatamente-acoes-contra-oleo-no-nordeste/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹³³ MAGGIE, Yvonne. O Museu Nacional ardeu em chamas. G1. 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pop-arte/blog/yvonne-maggie/post/2018/09/07/o-museu-nacional-ardeu-em-chamas.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

tomada de medidas efetivas de contenção de danos e reparação. O fato é que a reparação integral de lesões que afetam interesses difusos, como lesões ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à ordem urbanística, entre outros que se verificam no art. 1º da Lei 7.347/1985, se mostra muito difícil.

Segundo Rogério Donnini, é preciso se levar em conta que, em uma sociedade capitalista, apenas a inibição ao dano pela fixação de valores que tenham efetivo efeito para persuadir o lesante trará benefícios para todos¹³⁴. No mesmo sentido ensina Bruno Miragem: “compreende-se sob a designação da tutela preventiva também a função satisfativa ou exemplar da indenização em caso de danos extrapatrimoniais. Neles, identifica-se na fixação de valores pecuniários significativos em indenizações por danos extrapatrimoniais um elemento de desestímulo a que o mesmo ofensor ou os demais que, porventura, avaliem a oportunidade de cometer a mesma ofensa no futuro ponderem sobre as consequências desse comportamento e deixem de adotá-lo. Trata-se de fundamento para a fixação de indenização, já reconhecido em certas leis especiais, porém utilizado largamente como critério para a fixação do valor da indenização pela jurisprudência nacional¹³⁵”. Funcionaria como forma de punição exemplar do lesante, em casos de especial gravidade, tanto em função de razões de ordem subjetiva (v.g., malícia), ou de ordem objetiva e social (v.g., poluição ambiental; produtos defeituosos), como também para impedir a reiteração de comportamentos ilícitos (v.g., casos de empresas em que os seus lucros ou benefícios são superiores aos prejuízos reais causados)¹³⁶.

Outra justificativa para a forma como funcionam os *punitive damages* no sistema norte americano é entender-se que o autor da ação indenizatória, por ser quem levou o problema ao Judiciário, agindo como um defensor da sociedade, como um *private attorney general*, merece uma recompensa, de maneira que destinar à própria vítima a indenização punitiva seria uma maneira de recompensá-la e de

¹³⁴ DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015. p. 48.

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 180.

¹³⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. Clausula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 651-652, nota 1525. O autor exemplifica essa última situação (evitar a reiteração de comportamentos ilícitos) com uma decisão de um tribunal da Califórnia que condenou uma companhia aérea ao pagamento de uma indenização de US\$ 5.003 a um passageiro em função da ocorrência de overbooking, sendo US\$ 3 pelo telefonema dado pelo cliente à esposa avisando o seu atraso e US\$ 5.000 a título de punitive damages para desestimular a reiteração de sua prática pela empresa aérea.

incentivar a sociedade a buscar seu aperfeiçoamento de uma forma geral. Essa seria, portanto, a causa ensejadora da indenização punitiva, que, na visão de Antônio Junqueira de Azevedo¹³⁷, afastaria a configuração do enriquecimento sem causa. Atualmente, contudo, estados norte-americanos têm exigido a destinação de parte das indenizações punitivas a fundos públicos, correspondente ao endendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, a qual aponta que o valor indenizatório com fins punitivos jamais deveria ser revertido integralmente em favor da própria vítima, mas sim em para fundos já previamente determinados, beneficiando a coletividade, com os recursos destinados a uma finalidade coletiva, transindividual¹³⁸. Esta solução eliminaria a possibilidade de ocorrência de enriquecimento ilícito, a ainda serviria para limitar às condenações a demandas que de fato representassem danos à sociedade, merecendo atenção da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores brasileiros.

¹³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379, 383.

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 18, Rido de Janeiro, Padma, abr. jun. 2004, p. 77.

CONCLUSÃO

Apesar do crescente reconhecimento da possibilidade de utilização dos *punitive damages* por parte da doutrina e de sua progressiva aplicação na jurisprudência, o instituto ainda é objeto de críticas pertinentes por grande parte da doutrina. Os argumentos contrários, dos quais foi realizada uma síntese, apontam que a adoção dos *punitive damages* encontra embaraços por não ter previsão legal e tampouco critérios de fixação, por representar ofensa à segurança jurídica e ao princípio da reparação integral, violando a limitação imposta pelo artigo 944 do Código Civil de 2002, por promover o enriquecimento ilícito e por causar confusão entre funções precípuas do direito civil e do direito penal, sendo incompatível com o sistema jurídico brasileiro, que teve um desenvolvimento histórico diverso daquele dos países que operam sob a tradição de *common law*.

A necessidade de instrumentos punitivos dentro da esfera do direito civil, todavia, revela-se no fato de que a proteção dos direitos personalíssimos nem sempre é consolidada quando estes estão limitados ao direito penal e ao direito administrativo, uma vez que o espectro de infrações a estes direitos não é abrangido em sua integralidade pelos tipos penais fechados. A perda da timidez no arbitramento de condenações por danos morais, que pode ter diferentes formas e fundamentos, seja premiando a vítima que agiu como *private attorney general*, havendo o demandante acionado o judiciário para tutelar interesses que transcendem a sua esfera jurídica individual, como defende Antônio Junqueira de Azevedo, seja direcionando as verbas a fundos já previamente determinados, beneficiando a coletividade, como defende Maria Celina Bodin de Moraes, ou seja, uma mudança de paradigma com a adoção ou o desenvolvimento de mecanismos com os efeitos práticos dos *punitive damages*, é tida como necessária, pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência, para a satisfação de princípios constitucionais e para a manutenção do equilíbrio social.

A despeito da existência dessa necessidade, o enraizamento do princípio da reparação integral como figura central da responsabilidade civil, pautando as diversas críticas expostas no trabalho, pode representar um obstáculo insuperável para a adoção dos *punitive damages* no Brasil nos moldes em que são utilizados nos países de sistema *common law*. Assim, entendemos que embora a aplicação

dos *punitive damages* no direito brasileiro possa não ser a solução adequada em diversas situações, a limitação das condenações a baixos valores, nos moldes atuais, como os dados do judiciário elucidam, mostra-se ainda mais problemática, com a perpetuação da lógica de produção baseada no lucro nocivo ao direito alheio e de permissividade com os danos em massa. Soluções como a destinação das condenações para fundos previamente determinados, dessa forma, podem ser uma opção mais adequada e merecem atenção dos legisladores, representando uma alternativa que contorna as críticas que apontam que a utilização dos *punitive damages* violaria o princípio da reparação integral e promoveria o enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenização punitiva. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a> Acesso em 10 nov. 2019.

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

BENJAMIM, Antônio Herman V. Manual de Direito do Consumidor. Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Lei 3.071/1916, de 1º de janeiro de 1916. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.347/1985, de 24 de julho de 1985. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexu causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2015.

EPSTEIN, Richard A.; Gregory, Charles O; KALVEN JR, Harry. Cases and Materials on TORTS. 4ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1984.

FILHO; Sergio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

FIÚZA, Patrícia; FREITAS, Raquel; COSTA, Débora. Brumadinho: 6 meses após tragédia, Vale é condenada pela Justiça de MG, mas inquérito segue sem conclusão. G1. 26 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/26/brumadinho-6-meses-apos-tragedia-vale-e-condenada-pela-justica-de-mg-mas-inquerito-segue-sem-conclusao.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GUIMARÃES, Juca. Justiça manda governo Bolsonaro iniciar imediatamente ações contra óleo no Nordeste. Brasil de Fato. 21 out. 2019. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/10/21/justica-manda-governo-bolsonaro-iniciar-imediatamente-acoes-contras-oleo-no-nordeste/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Jornadas de direito civil: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direitocivil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2019.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation. Paris: Dalloz, 2000.

MAGGIE, Yvonne. O Museu Nacional ardeu em chamas. G1. 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pop-arte/blog/yvonne-maggie/post/2018/09/07/o-museu-nacional-ardeu-em-chamas.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Brasília, n. 28, jan./mar. 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Clausula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo 26. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 4 Responsabilidade Civil. 15ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. RT, São Paulo, v. 80, n. 667.

SOARES, Ricardo. Tragédia de Mariana não tem punidos após mais de 3 anos, e processo está parado. G1. 09 mar. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2019/03/09/tragedia-de-mariana-nao-tem-punidos-apos-mais-de-3-anos-e-processo-esta-parado.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. et al. Punitive damages: how juries decide. Chicago: University of Chicago, 2002.

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

JURISPRUDÊNCIA

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70044771947. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares. DJ: 21/05/2015. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191627555/apelacao-civel-ac-70044771947-rs?ref=serp>>. Acesso em: 14 set. 2019.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70069601722. Relator: Dilso Domingos Pereira. DJ: 08/06/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351537679/apelacao-civel-ac-70069601722-rs?ref=serp>>. Acesso em: 14 set. 2019.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 70059069708. Relator: Ana Paula Dalbosco. DJ: 26/08/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137910059/apelacao-civel-ac-70059069708-rs?ref=serp>>. Acesso em: 18 set. 2019.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL: AC: 71004762076. Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler. DJ: 28/05/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122351123/recurso-civel-71004762076-rs?ref=serp>>. Acesso em: 18 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 913.131/BA, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. DJ: 16/09/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849093/recurso-especial-resp-913131-ba-2006-0267437-2/inteiro-teor-12770876>> Acesso em: 25 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 604.801/RS, Relator: Ministra Eliana Calmon. DJ: 23/03/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232928/recurso-especial-resp-604801-rs-2003-0180031-4/inteiro-teor-12988273?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25 set. 2019.

STJ. AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 850.273 – BA, Relator: Min. Honildo A. de Mello Castro. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequecial=987495&num_registro=200602623771&data=20100824&formato=PDF> Acesso em: 20 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 401.358 – PB, Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>

[ncial=862736&num_registro=200101691660&data=20090316&formato=PDF>:](#)

Acesso em: 24 mai. 2017.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 598.281 – MG, Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavasck. DJ 01/06/2006, p. 147. JusBrasil, 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-esp-598281-mg-2003-0178629-9-stj/relatorio-e-voto-12878881>> Acesso em: 01 nov. 2019.