

**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**

**PUNITIVE DAMAGES**

Vitor Oliveira Neto Leal Brum

**Brasília-DF**

**2013**

**Universidade de Brasília**

**Faculdade de Direito**

**PUNITIVE DAMAGES**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Pós-Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

**Brasília-DF**

**2013**

Vitor Oliveira Neto Leal Brum

## **PUNITIVE DAMAGES**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Professor Frederico Henrique Viegas de Lima – Pós-Doutorado –  
UnB

---

Membro: Professora Suzana Borges Viegas de Lima – Doutoranda – UnB

---

Membro: Rafael da Silva Santiago – Mestrando – UnB

Brasília – DF

2013

*“Meu saco de ilusões, bem cheio tive-o.*

*Com ele ia subindo a ladeira da vida.*

*E, no entretanto, após cada ilusão perdida...*

*Que extraordinária sensação de alívio!”*

*Mario Quintana*

## Resumo

Há quem sustente que a responsabilidade civil deve se limitar à reparação do dano, cumprindo, pois, uma função estritamente reparatória. O exercício de outras funções desfiguraria<sup>1</sup> ela a responsabilidade civil. Conduas existem, todavia, e são várias, que agridem de tal forma o “sentimento ético jurídico prevalente em determinada comunidade”<sup>2</sup> que é preciso não apenas ressarcir a vítima, mas punir exemplarmente o ofensor como medida necessária à prevenção de novos danos<sup>3</sup>. A teoria da indenização compensatória é forte o suficiente para sobreviver, mas muito fraca para ser a única regra.<sup>4</sup> Quer-se aqui, com efeito, advogar pela implementação, no Brasil, dos *punitive damages*, espécie de “indenização, diversa dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, e a outros como ele, de praticar conduta semelhante no futuro”.<sup>5</sup>

Palavras-chave: responsabilidade civil; *punitive damages*; punição; prevenção.

---

<sup>1</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 254.

<sup>2</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Apud*: VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – da reparação à punição e dissuasão – Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.10.

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva. Brasília: **R. CEJ**, Brasília, n.28, jan./mar. 2005, p. 16.

<sup>4</sup> DEMOGUE, René. “Validity of the theory of compensatory damages”, 1918. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil – A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

<sup>5</sup> Restatement (Second) of Torts, § 908 (1). *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.14.

## **Abstract**

Some maintain that liability should be limited to compensation for damage, fulfilling strictly a reparatory function. The exercise of other functions deface it to liability. Pipelines exist, however, and there are several, so that attack the legal ethical feeling prevalent in that particular community must not only compensate the victim, but exemplarily punish the offender as a necessary measure to prevent further damage. The theory of compensatory damages is strong enough to survive, but too weak to be the only rule. Whether you are here, in effect, advocating for implementation in Brazil of punitive damages, sort of compensation, diverse compensatory or nominal damages of established against someone to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him to practice similar conduct in the future.

Keywords: liability; punitive damages; punishment; prevention.

## Sumário

Introdução.....	09
Capítulo I – Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: da reparação à punição e prevenção.....	11
1. Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo .....	11
2. Outras funções da Responsabilidade Civil.....	12
Capítulo II – <i>Punitive Damages</i> no direito comparado .....	14
1. Terminologia.....	14
2. Definição.....	14
3. Natureza Jurídica.....	16
4. Origem.....	16
5. Os <i>punitive damages</i> no direito inglês .....	17
5.1. Restrições inglesas.....	18
6. Os <i>punitive damages</i> nos EUA .....	19
6.1. Características básicas .....	19
6.1.1. Sanção a um ato ilícito, intencional e malicioso .....	20
6.1.2. Intransferibilidade do risco e intransmissibilidade <i>causa mortis</i> ..	21
6.1.3. Autonomia frente à responsabilidade criminal e à indenização compensatória .....	22
6.1.4. Ônus da prova, natureza gradativa e indeterminação do montante .....	24
6.2. Casos de admissibilidade.....	25
6.2.1. Responsabilidade objetiva .....	26
6.3. Parâmetros de aplicação .....	27
6.3.1. Disfunções .....	27
6.3.2. Caso <i>BMW of North America, Inc. v. Gore</i> .....	28

Capítulo III – <i>Punitive Damages</i> no Brasil: problemas e perspectivas .....	29
1. Problemas .....	29
1.1. Críticas ao instituto .....	29
1.1.1. Falta de propriedade .....	30
1.1.2. Dupla condenação pelo mesmo fato .....	31
1.1.3. Enriquecimento sem causa .....	32
1.2. Críticas à pseudo-aplicação do instituto no Brasil .....	32
2. Perspectivas .....	34
2.1. Interesses a serem protegidos .....	35
2.2. Indenização punitiva na defesa de interesses difusos .....	36
2.2.1. Interesse difuso .....	37
2.2.2. <i>Punitive Damages</i> , interesse difuso e ordem jurídica brasileira....	38
Conclusão .....	41
Referências .....	42

## Introdução

Que a função eminente da responsabilidade civil é a reparatória não resta dúvida. É preciso indenizar o dano injustamente sofrido e, não, censurar seu responsável.<sup>6</sup> Todavia “percebeu-se que a responsabilidade civil pode – e em algumas situações, deve – desempenhar outras funções”.<sup>7</sup> Cuida-se das funções punitiva e dissuasória, largamente utilizadas na família da *Common Law* por meio dos *punitive damages*.<sup>8</sup> Trata-se de espécie de “indenização, diversa dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, e a outros como ele, de praticar conduta semelhante no futuro”.<sup>9</sup>

Parece evidente constatar, e isso é objeto do primeiro capítulo, que a indenização compensatória viabilizada no âmbito da responsabilidade civil não constitui modo eficaz de evitar o alargamento de condutas ilícitas.<sup>10</sup> A correlação entre o dano e seu estrito ressarcimento implica em uma excessiva rigidez causadora de uma incapacidade de comportar soluções justas em várias situações.<sup>11</sup> Está-se, como se vê, diante de um problema que urge ser solucionado, daí por que se cogitar de outras funções a serem exercidas pela responsabilidade civil, precisamente a punitiva e dissuasória, conferindo-se, assim, maior efetividade ao direito, contribuindo para que as pessoas se comportem de modo socialmente desejável.<sup>12</sup>

Fixado isso, imperioso assentar os pontos fundantes dos *punitive damages*, o que só é possível a partir de um estudo comparatista, justamente o objeto do segundo capítulo. As características básicas, os casos de admissibilidade e critérios de aplicação do instituto são devidamente examinados.

Adiante-se, desde já, e isso é importante ter assente, serem os *punitive damages* uma sanção civil fixada em face da prática de um ato ilícito, intencional e malicioso,<sup>13</sup> admissíveis em todas as hipóteses de responsabilidade civil. O cerne, eis aqui o principal

---

<sup>6</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 8

<sup>7</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>8</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.* p.21.

<sup>9</sup> Restatement (Second) of Torts, § 908 (1). *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.* p.14.

<sup>10</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>12</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes, *Op. Cit.*, p. 67.

critério de aplicação, é o grau de reprovabilidade da conduta do agente ofensor, daí porque ser característica da indenização punitiva sua autonomia em relação à indenização compensatória<sup>14</sup>, esta sabidamente fundada no dano.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, são examinadas as principais críticas que se fazem aos *punitive damages*, bem assim as perspectivas de adoção do instituto no Brasil, notadamente no âmbito de proteção aos interesses difusos.

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 81

## Capítulo I

### Responsabilidade civil no Direito Contemporâneo: da reparação à punição e prevenção

#### 1. Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo

Convém, sinteticamente, assentar alguns pressupostos ínsitos a uma abordagem contemporânea da responsabilidade civil, com vistas à compreensão das razões de concebê-la no exercício de outras funções, precisamente a função punitiva e preventiva, a serem acrescidas à tradicional função reparatória.

Esclarece Miguel Reale que “nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo, e interdisciplinar, o direito é uma espécie de experiência cultural, uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem, apresentando-se sempre como uma síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história”.<sup>15</sup>

Quer-se com isso atentar para o fato de que não só o Direito Civil, mas o Direito como um todo deve primar por sua adequação social<sup>16</sup>. É dizer: deve o Direito “amoldar-se às novas realidades e clamores de determinado momento histórico, sob pena de se tornar ineficaz”.<sup>17</sup>

Posto isso, de fixar-se o seguinte: condutas existem, e são várias, que agridem de tal forma o “sentimento ético jurídico prevalente em determinada comunidade”<sup>18</sup> que é preciso não apenas ressarcir a vítima, mas punir exemplarmente o ofensor como medida necessária à prevenção de novos danos.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> REALE, Miguel. O direito como experiência. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.36.

<sup>16</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.36.

<sup>17</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>18</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.10.

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 16.

Nesse diapasão é que, hodiernamente, o que é corolário desse imperativo de adequação social, doutrina e jurisprudência, sobretudo no ordenamento jurídico alienígena<sup>20</sup>, prevêm outras funções a serem exercidas pela responsabilidade civil, para além da tradicional função reparatória. Cuida-se da função punitiva e preventiva, traduzidas no instituto dos *punitive damages*, precisamente o objeto de estudo dessa monografia.

Quer-se, em suma, sinalizar para a viabilidade e necessidade de implementação, no Brasil, do instituto dos *punitive damages*, “para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social”.<sup>21</sup>

## 2. Outras funções da Responsabilidade Civil

Em nosso direito, limita-se a responsabilidade civil, tradicionalmente, à reparação do dano.<sup>22</sup> Estabelece o Código Civil, precisamente em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Posto isso, de notar-se que o foco é, exclusivamente, a figura da vítima.<sup>23</sup> É preciso, pois, ressarcir-la, de modo a torná-la indene, i.e., livre de danos.

A reprovabilidade da conduta do agente ofensor, a intensidade de sua culpa, o proveito por ele obtido com a prática ilícita ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito não importam.<sup>24</sup> Sua eventual censura, com efeito, não encontra guarida no dispositivo de lei referido. “Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo”.<sup>25</sup>

O certo é que “o ‘paradigma reparatório’, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, não constituindo resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou

---

<sup>20</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.36

<sup>21</sup> *Idem*, p.40.

<sup>22</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI**. N.85. Nov./Dez. 2006, p. 55

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*.

quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática”.<sup>26</sup>

Posto isso, vê-se que impende à responsabilidade civil exercer, para além de sua tradicional função reparatória, outras funções, em um franco movimento de adequação social do Direito.<sup>27</sup> Paralelamente à função reparatória, com efeito, avulta destacar a função punitiva e preventiva, traduzidas no instituto dos *punitive damages*. Trata-se de espécie de “indenização, diversa dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, e a outros como ele, de praticar conduta semelhante no futuro”.<sup>28</sup> O que se quer, pois, é prevenir a ocorrência de novos danos. Consoante anotação de Pizarro, “tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação”.<sup>29</sup>

A noção de indenização punitiva, todavia, encontra ainda uma considerável resistência. Na maioria das vezes, fundada naquilo “que em retórica convencionou-se chamar de *argumentum ad hominem*: uma condenável prática argumentativa que, em vez de atacar o conteúdo de uma idéia, atenta apenas às suas circunstâncias e origens”.<sup>30</sup> Negar a possibilidade de aplicação, aqui no Brasil, do instituto dos *punitive damages* com fundamento apenas nas diferenças que separam nosso modelo do anglo-saxão, não me parece o entendimento mais acertado.<sup>31</sup>

Em desfecho, admitindo-se os fins valorosos que os *punitive damages* perseguem, notadamente a prevenção de novos danos, quer-se aqui demonstrar a consistência do instituto bem assim sua compatibilidade com nosso ordenamento. É o que passa a fazer.

---

<sup>26</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>27</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.36.

<sup>28</sup> Restatement (Second) of Torts, § 908 (1). *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.* p.14.

<sup>29</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. Daño moral: Prevención – Reparación – Punición. *Apud*: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> SOUZA, Rodrigo Trindade de. ***Punitive Damages e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal.*** Disponível em <<http://revistapraedicatio.inf.br/download%5Cartigo07-edicao2.pdf>>. Acesso em: 05.12.2012.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem.*

## Capítulo II

### *Punitive Damages*

### no Direito Comparado

#### 1. Terminologia

Quanto à terminologia, releva assentar a melhor tradução para a expressão *punitive damages*. Chamados também de *exemplary damages* ou *smart money*<sup>32</sup>, “traduz-se, literalmente, para a língua portuguesa como danos punitivos. Entretanto, conquanto correta, certo é que uma vez associada ao adjetivo *punitive*, a palavra *damages* assume um significado jurídico próprio, qual seja, o de representar uma parcela de dinheiro, eventualmente deferida em favor da vítima de um ato ilícito, em ação civil proposta contra o autor desse mesmo ato ilícito, perante o juízo cível”.<sup>33</sup>

Posto isso, o que é preciso ter assente, nesse tópico, é a tradução mais adequada para *punitive damages*, qual seja, indenização punitiva<sup>34</sup>. De rechaçar-se, pois, o uso da expressão danos punitivos, vez que escamoteia esse traço distintivo do instituto, dificultando uma interpretação adequada.

#### 2. Definição

Sinteticamente, entende-se por indenização punitiva a soma em dinheiro, eventualmente conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor superior ao necessário à reparação do dano, tendo em vista a finalidade de punição e prevenção pela exemplaridade da punição, sendo, pois, autônoma em relação à indenização compensatória, que, como se sabe,

---

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>33</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem.*

consiste no montante equivalente ao dano causado, atribuído com vistas ao ressarcimento do prejuízo.<sup>35</sup>

A importância do instituto decorre, pois, do seu viés pedagógico, na medida em que estimula uma mudança de postura da coletividade. Ensinam Harper, Fleming & Gray que “na medida em que a importância da culpabilidade tem sido diluída como base para a responsabilidade civil, torna-se desejável preservar, no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos, alguma função de guia moral e de vingança. A indenização punitiva revela-se, nesse sentido, um veículo útil para a expressão do senso de desprezo comunitário a práticas que de outro modo tendem a ser toleradas, sob o manto de um aceitável espectro de decisões pessoais ou, mais comumente, corporativas. Pode também servir para atrair a atenção de abusos que de outra forma seriam considerados meras imperfeições operacionais rotineiras. Em ambos os casos, o impacto psicológico pode servir para promover a segurança e a conduta de boa-fé em um nível mais acentuado que a indenização compensatória, considerada isoladamente”.<sup>36</sup>

Nesse ponto, parece-me devidamente assentada a definição de indenização punitiva e sua importância. Convém, a seguir, distinguir a indenização punitiva da compensatória.

A indenização compensatória tem o fim de reparar o dano injusto sofrido pela vítima. Limita-se, pois, ao valor do prejuízo. De outra banda, tem-se a indenização punitiva, cuja finalidade não é reparar o dano injusto sofrido pela vítima. Ao revés, quer-se punir o autor do ilícito, desestimulando-o (prevenção específica), e a outros como ele (prevenção geral), de praticar conduta semelhante no futuro. Constituem, como se vê, indenizações distintas: a compensatória preocupa-se com o dano; já a punitiva, com a especial reprovabilidade da conduta do agente ofensor<sup>37</sup>. “A extensão dos danos causados pelo ato ilícito só é indiretamente relevante para a atribuição da indenização punitiva, na medida em que sinalize a necessidade de uma maior ou menor reprovabilidade”.<sup>38</sup>

Posto isso, não se pode confundir a indenização punitiva com a compensatória, muito menos concebê-la - a indenização punitiva - como parte ou ainda, parcela, da

---

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>36</sup> HARPER, Fowler V.; FLEMING Jr., James; GRAY, Oscar S. *The Law of Torts*, Little, Brown and Co., 1986. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 26.

indenização compensatória. Uma coisa é uma coisa outra coisa é outra coisa. É certo que a soma da indenização compensatória com a punitiva corresponde ao valor total da indenização a ser paga pelo autor do ilícito<sup>39</sup>. Não se pode, todavia, confundi-las, posto se tratar, reitere-se, de indenizações independentes e autônomas, por isso, completamente diferentes.

### 3. Natureza jurídica

Sinaliza Adalmo Oliveira dos Santos Júnior para a coerência do jurista argentino Edgardo López Herrera ao admitir a indenização punitiva como pena privada<sup>40</sup>. Segue-se que “los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente desvaliosas.”<sup>41</sup>

A propósito, entende-se por pena privada a cominação de uma sanção peculiar ao Direito Privado que se aplica por meio de um processo civil.<sup>42</sup>

### 4. Origem

Sustenta o italiano Mauro Peirone que “os danos punitivos não são uma novidade dos países da *Common Law*, mas estão entre as regras mais antigas da História do Direito: encontram-se de fato os traços já no Código de Hamurábi de 2000 a.C. Outros exemplos são encontrados durante o império babilônio, nos anos 2800 a 1000 a.C., assim como nas leis Hititas, em 1400 a.C., no Código de Manu concebido pelos Hindus nos anos 200 a.C. Mesmo nas culturas egípcias e gregas existiam casos de danos punitivos, assim como no Antigo Testamento, referentes a contornos da lei mosaica. Chega-se, assim, ao Direito Romano, pai da tradição jurídica da Europa Continental e dos países da *Civil Law*. O exemplo ilustre nessa

<sup>39</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>40</sup> SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. N.30, p.20. Abr./Jun., 2007, p. 20.

<sup>41</sup> HERRERA, Edgardo López. Introducción a la responsabilidad civil, 2004. *Apud*: SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 184.

cultura se refere ao delito de furto, punido com uma condenação no valor de quatro vezes o do objeto furtado. É interessante notar, antes de tudo, que o ressarcimento deveria ser *in natura*, depois, em um segundo momento, a pena passou a ser pecuniária. Por outro lado, ainda que o ressarcimento fosse concedido por inteiro ao prejudicado, as ações vinham definidas por Justiniano como mistas porque para o simples as ações eram civis e para o triplo eram penais”.<sup>43</sup>

No âmbito da *Common Law*, todavia, é consenso derivar a indenização punitiva da figura da *multiple damages*. As primeiras indenizações múltiplas impostas por lei remontam ao século XIII. Com efeito, em 1278 o parlamento inglês incluiu no *Statute of Counscester* que invasores de terras da igreja pagariam o correspondente ao dobro dos danos causados.<sup>44</sup>

A expressão *punitive damages* só foi utilizada, pela primeira vez, na segunda metade do Século XVIII. Cuida-se do caso *Huckley v. Money*, oportunidade em que se consignou que os valores que estavam sendo concedidos à vítima resultavam não apenas do propósito de compensar, mas, igualmente, de punir o agente ofensor.<sup>45</sup> Não se pode dizer, portanto, que a indenização punitiva, não obstante derivar das indenizações múltiplas, constitua uma espécie sua. Não é por outra razão que o *2nd. Restatement of Torts* recomenda expressamente sua distinção, não apenas em relação às indenizações múltiplas, mas, igualmente, no que toca a todas as espécies de sanções civis.<sup>46</sup>

## 5. Os *punitive damages* no direito inglês

Viu-se que a expressão *punitive damages* foi utilizada pela primeira vez em 1763, no referido caso *Huckley v. Money*. À vítima, “os julgadores entenderam oportuno conceder uma quantia de trezentas libras excedentes ao dano efetivamente sofrido; e, no mesmo ano, no processo *Wilkes v. Wood*, contra a mesma vítima, só que, desta feita, os funcionários do Rei George III arrombaram e fizeram buscas ilegais na residência, sem qualquer mandado judicial. (...) A imposição dos *punitive damages* foi justificada como forma de punir os

<sup>43</sup> PEIRONE, Mauro. I danni punitive. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.41.

<sup>44</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>46</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law, 2nd, Torts. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 32.

funcionários do Rei e também para impedir que eles voltassem a violar os direitos dos cidadãos”.<sup>47</sup>

As indenizações punitivas foram se formando como *Standards* do respeito pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder.<sup>48</sup> “A fim de verificar a necessidade de atribuição do instituto, os jurados observavam circunstâncias como a intenção do agente, a sua forma de atuação e a todas aquelas que rodeavam seu comportamento. Ou seja, utilizava-se a responsabilidade civil para punir e dissuadir condutas consideradas infames, intoleráveis, humilhantes, vexatórias, agressivas ou mesmo violentas, numa sociedade regida por rigorosos padrões morais”.<sup>49</sup>

Saliente-se, a propósito, ser a jurisprudência inglesa extremamente restritiva quanto à aplicação dos *punitive damages*. Convém destinar um tópico específico ao exame dessas restrições.

### 5.1. Restrições inglesas

Elucidativo o caso *Rooks v. Bernard* (1964 – A.C. 1129), oportunidade em que a *House of Lords* inglesa passou a condicionar a concessão de qualquer indenização punitiva à subsunção a três categorias (*categories test*)<sup>50</sup>. Com efeito, apenas se expressamente permitida por lei (1ª categoria), a indenização punitiva somente poderia ser imposta em casos de atuação arbitrária, opressiva ou inconstitucional por funcionários públicos (2ª categoria), ou se o agente ofensor tiver cometido um ilícito prévia e cinicamente calculado que seria lucrativo cometê-lo (3ª categoria).<sup>51</sup>

Registre-se que o precedente em comento, consoante anotação de Vitor Fernandes Gonçalves, foi ignorado nos EUA e expressamente refutado por quase todas as ex-colônias inglesas da comunidade britânica das nações (*Commonwealth*)<sup>52</sup>.

Exemplificativamente, afirmou-se, na Alta Corte Australiana, ser impossível entender porque motivos de raciocínio econômico deveriam ser punidos e não ilícitos

<sup>47</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>48</sup> GOMES, Júlio Manoel Vieira. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>49</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>50</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 50.

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

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*.

cometidos com o maior grau de malícia ou ainda flagrante desconsideração com os direitos dos outros.<sup>53</sup>

No Canadá, seguiu-se o mesmo entendimento. Um dos juízes da Corte Suprema afirmou que “permitir que uma corporação invada como no presente caso e depois dizer que ela só tem de pagar os danos materiais que eventualmente sejam provados é, na minha opinião, fazer da justiça uma gozação. Corporações, assim como indivíduos, têm de respeitar os direitos dos outros.”<sup>54</sup>

Por fim, em um caso de invasão de propriedade, a Alta Corte de Ontario concedeu uma indenização punitiva sustentando que fixar apenas verbas compensatórias em face da invasão faria com que as empresas considerassem que deveriam pagar apenas “uma insignificante taxa de licença para interferirem na propriedade alheia.”<sup>55</sup>

## 6. Os *punitive damages* nos Estado Unidos da América

Em 1784 foi julgado o primeiro caso com o nome de *punitive damages* nos EUA, (*Genay v. Norris*), no qual um médico havia colocado veneno no copo do seu paciente, causando-lhe enormes dores<sup>56</sup>.

A despeito dessa importante referência histórica, o que é fundamental ter assente são as características básicas, casos de admissibilidade e parâmetros de aplicação da indenização punitiva, o que demanda uma análise cuidadosa. É o que passa a fazer.

### 6.1. Características básicas

Por constituir apanhado minucioso e, por isso, extremamente elucidativo, basea-se o presente tópico da monografia no Capítulo III da primorosa obra “A punição na

---

<sup>53</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>54</sup> HODGIN, R.W.; VEITCH, E. Punitive damages – reassessed, 1972. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>55</sup> HODGIN, R.W.; VEITCH, E. Punitive damages – reassessed, 1972. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>56</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 50.

responsabilidade civil – A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos” do autor Vitor Fernandes Gonçalves.<sup>57</sup> Buscou-se fazer, claro, alguns ajustes. Senão vejamos.

#### 6.1.1. Sanção a um ato ilícito, intencional e malicioso

Os *punitive damages* devem constituir, necessariamente, uma sanção a um ato ilícito, no sentido de ser um ato contrário ao ordenamento jurídico<sup>58</sup>, do qual resulte ou não prejuízo real indenizável<sup>59</sup>.

Ainda, a indenização punitiva deve constituir uma sanção a um ilícito intencional. A intenção refere-se à vontade consciente de agir em desacordo com uma regra legal, não se devendo confundir com a vontade de causar algum dano.<sup>60</sup>

Significa que os *punitive damages* podem ser concedidos quando provadas circunstâncias subjetivas assemelhadas à categoria continental do dolo. A mera negligência não é razão suficiente para a condenação, mas a negligência grosseira pode ensejá-los.<sup>61</sup> Nesse último caso, a razão é pedestre: trata-se da hipótese em que o ofensor, de forma consciente, adota ou omite determinada conduta, indiferente quanto aos direitos da vítima.<sup>62</sup>

Segue-se, com efeito, que “a comprovação da vontade de agir ilicitamente mostra-se indispensável à imposição de uma indenização punitiva, porque é precisamente essa distorção de desígnios que é sancionada. Entrementes, a vontade de causar danos não é considerada imprescindível, assumindo uma importância apenas relativa, na medida em que constitui uma mera circunstância indicativa de um desvio mais acentuado da conduta do agente a quem é imputada a responsabilidade, em comparação com o comportamento social que lhe seria exigível e do qual se afastou”.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 55 e seguintes.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>61</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>62</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>63</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 60.

Mesmo sendo necessária a prova da existência de um ilícito intencional, ainda assim não estará garantida a imposição da indenização punitiva.<sup>64</sup> Isto porque constitui não apenas uma sanção a um ilícito intencional, mas a um ilícito intencional e malicioso.<sup>65</sup>

O que importa reter em relação à malícia é que ela enfatiza o traço distintivo da indenização punitiva: “o de que é passível de concessão somente em face da prática de um ato ilícito qualificado pela intensidade de seu elemento subjetivo, bem como pela reprovabilidade inquestionável da conduta”,<sup>66</sup> em uma completa desconsideração com os direitos de terceiros.

#### 6.1.2. Intransferibilidade do risco e intransmissibilidade *causa mortis*

Sendo a indenização punitiva uma sanção a um ato excepcional, especialmente repreensível, tem-se que o risco da imposição da verba é intransferível. Não poderia ser diferente, vez que as companhias de seguros existem para prevenir as pessoas de eventos futuros e incertos que escapam do domínio pessoal. Por isso que essas companhias não seguram condutas dolosas.<sup>67</sup>

São dois os principais motivos de se afirmar a ilegalidade da transferência do risco<sup>68</sup>. “O primeiro é o de que tal contrato frustra os fins preventivos e punitivos de tal verba, na medida em que, sabendo um segurado irresponsável e malicioso que a companhia de seguros irá pagar a sua eventual punição, nada em princípio irá detê-lo de agir ilicitamente (...) O segundo motivo é o de que o ônus da sanção consistente na indenização punitiva é imposto *intuitu personae* e, por tal motivo, não se pode admitir o fato de que a companhia de seguros vá distribuir esse custo entre todos os seus demais inocentes segurados”.<sup>69</sup>

No que concerne à intransmissibilidade *causa mortis*, de fato deve ser proibido estender ao espólio uma punição que é dirigida pessoalmente ao ofensor. Basta ver a garantia constitucional segundo a qual a pena de maneira nenhuma pode passar da pessoa do réu.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 73.

Admitindo-se essa extensão, “a punição é imposta aos inocentes herdeiros do ofensor, e nenhum efeito preventivo ou retributivo é dirigido contra esse último”.<sup>71</sup>

De outra banda, se é a vítima quem morre, é preciso ter assente que “ofensores podem e devem ser punidos com independência em relação ao fato de suas vítimas terem morrido ou não; um ofensor não deve escapar da punição por conta de um acontecimento fortuito, pois o efeito preventivo derivado da indenização punitiva deve sobreviver”.<sup>72</sup> Não se pode, com efeito, pressupor que o objeto da indenização punitiva gira em torno da vítima e é compensatório<sup>73</sup>, o que “conduziria ao resultado irônico de que para o réu torna-se melhor matar o autor do que aleijá-lo”.<sup>74</sup>

### 6.1.3. Autonomia frente à responsabilidade criminal e à indenização compensatória

É também característica da indenização punitiva sua autonomia frente à responsabilidade criminal. Estabelece o *2nd. Restatement of Torts*, em seu comentário ao §908, alínea “a” que “a concessão de uma indenização punitiva não é impedida por uma pretérita condenação criminal pelo mesmo ato, o que só é relevante no que respeita ao valor de tal verba; tampouco a concessão de uma indenização punitiva impede uma subsequente condenação criminal”.<sup>75</sup>

Na jurisprudência, o caso *Wills v. T.W.A. Inc.*<sup>76</sup> é elucidativo. Nesse caso, um passageiro da *T.W.A.* foi indevidamente removido de um voo, o que é considerado um ilícito criminal segundo a lei federal norte-americana de aviação. O juiz do caso, ao refutar a alegação da companhia aérea de que a punição penal excluía qualquer possibilidade de imposição de *punitive damages*, assim se pronunciou:<sup>77</sup> “apesar de ser verdade que a lei tem uma disposição

<sup>71</sup> BURROWS, Andrew. Reforming exemplary damages, 1996. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>72</sup> BURROWS, Andrew. Reforming exemplary damages, 1996. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>73</sup> HODGIN, R.W.; VEITCH, E. Punitive damages – reassessed, 1972. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>74</sup> OWEN. Punitive damages in products liability litigation, 1976. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>75</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the law, 2nd., Torts. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 78.

<sup>76</sup> 200 Federal Supplement 360. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>77</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 80.

criminal para o caso, cuja violação prevê uma multa que não excede 2 (dois) mil dólares, essa limitação não impede a imposição de uma soma maior a título de indenização punitiva, quando considerado necessário tendo em vista violações anteriores da lei pelo réu. Assim é porque o propósito da indenização punitiva é duplo, o de complementar as provisões penais da lei e o de permitir aos tribunais vingar os direitos da vítima.”<sup>78</sup>

Quanto à autonomia da indenização punitiva em relação à indenização compensatória, quer isso significar, sinteticamente, que uma indenização não depende da outra, é dizer, são independentes. De fato, lembra Vitor Gonçalves, “pode-se ingressar na justiça apenas para pedir a imposição de uma indenização punitiva, i.e., não se faz necessário que o pedido de indenização punitiva esteja acompanhado de um pedido de indenização. De outra parte, na hipótese mais comum de o autor deduzir dois pedidos, um de indenização, outro de indenização punitiva, o indeferimento da indenização compensatória não implica a prejudicialidade da indenização punitiva, nem vice-versa”.<sup>79</sup>

Posto isso, o pedido de imposição de uma indenização punitiva independe da prova de um prejuízo real indenizável, bastando ao autor comprovar que algum direito seu, tutelável por si próprio, foi violado.<sup>80</sup> Assim, por exemplo, se A invade a propriedade particular de B e ali permanece, poderá não causar dano algum, mas a simples violação do direito de B poderá instá-lo ao pagamento de uma indenização punitiva, com o objetivo de puni-lo bem assim desestimulá-lo a reincidir.<sup>81</sup> Nesses casos, “surge a figura do assim denominado prejuízo simbólico, que inclusive dá ensejo à concessão de uma verba nominal para representar formalmente seu reconhecimento (*nominal damages*)”.<sup>82</sup> Segue-se que “se não há prejuízo a compensar, mesmo tendo a conduta do réu sido bastante reprovável, a função admonitória da lei não é implementada, salvo se indenizações punitivas forem utilizadas”.<sup>83</sup> Em suma, “onde um direito legal tenha sido violado, um prejuízo nominal será presumido mesmo na ausência de qualquer perda real, e indenizações punitivas podem ser concedidas”.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> HODGIN, R.W.; VEITCH, E. Punitive Damages – reassessed, 1972. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>79</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>80</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>81</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>82</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>83</sup> Note. Exemplary Damages in the Law of Torts. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>84</sup> PONZANELLI, Giulio. I punitive damages nell esperienza nordamericana, 1983. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 83.

#### 6.1.4. Ônus da prova, natureza gradativa e indeterminação do montante

Quanto ao ônus da prova, basta dizer que este incumbe à vítima autora da ação civil.<sup>85</sup> De acrescentar-se que o ônus da prova “é essencialmente uma questão de técnica de julgamento e de advocacia, na qual o advogado tem de enfatizar a seriedade do desvio de conduta do ofensor e a culpabilidade do seu estado mental”.<sup>86</sup>

Na hipótese em que um único ato ilícito é praticado por dois ou mais ofensores contra a mesma vítima,<sup>87</sup> uma eventual imposição de indenização punitiva deve observar “a sua natureza gradativa, expressa por uma maior ou menor reprimenda, conforme a medida da culpabilidade de cada um dos ofensores, bem como tendo em vista os recursos econômicos dos mesmos, individualmente considerados”.<sup>88</sup> Assim, “evita-se que qualquer dos co-réus seja responsabilizado por uma indenização punitiva aplicada com base na conduta ou estado de mente de outro”.<sup>89</sup> A propósito, não há falar na imposição de uma indenização punitiva para cada ofensor. Uma única indenização punitiva é fixada, respondendo cada co-réu na estrita medida de sua culpabilidade.<sup>90</sup>

A despeito dos parâmetros que devem ser observados quando da fixação da indenização punitiva, é fora de dúvida que a indeterminação prévia do montante é garantidora de uma maior eficácia, admitida a finalidade preventiva dos *punitive damages*.<sup>91</sup> Isso porque “a imposição de tal verba apresenta-se como um evento de conseqüências incertas para um potencial ofensor que, por não saber o quanto terá de pagar em caso de agir ilicitamente, resta impedido de fazer prevalecer um raciocínio puramente econômico, em prejuízo do cumprimento da lei, terminando por evitar, ainda que a contragosto, qualquer comportamento passível de punição”.<sup>92</sup>

---

<sup>85</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>86</sup> DOBBS, Dan B. Handbook on the law of remedies – damages – equity – restitution, 1973. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>89</sup> DOBBS, Dan B. Handbook on the law of remedies – damages – equity – restitution, 1973. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>90</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>91</sup> *Idem, p. 99.*

<sup>92</sup> *Idem, ibidem.*

## 6.2. Casos de admissibilidade

Sendo a conduta do agente ofensor, a um só tempo, ilícita, intencional e maliciosa, é possível impor uma indenização punitiva em todas as hipóteses de responsabilidade civil.<sup>93</sup>

Posto isso, são admitidos tanto na responsabilidade extracontratual (*Tort Law*) quanto na contratual (*Contract Law*).

No âmbito da *Contract Law*, admite-se em uma situação específica. Estabelece o *Restatement of Contracts* §355 (1981) que “os *punitive damages* não são aplicáveis ao campo dos contratos, a menos que a conduta do agente, que significa a quebra do pacto contratual, seja daquelas abarcadas pelo campo da *tort law* (responsabilidade civil por atos ilícitos) em que os *punitive* são aplicáveis”.<sup>94</sup> É dizer: exige-se que a parte vítima do inadimplemento demonstre a existência de um ilícito extracontratual independente em relação à violação do contrato.

Já no âmbito da *Tort law*, i.e., da responsabilidade civil por atos ilícitos, admite-se, ainda com mais razão, a imposição dos *punitive damages*. Com efeito, tendo o agente ofensor praticado um ilícito de forma intencional e maliciosa, vale dizer, sendo a sua conduta especialmente reprovável, cabe condená-lo ao pagamento de indenização punitiva.

Admite-se, pois, os *punitive damages* tanto em danos extrapatrimoniais como em danos patrimoniais. Embora tenham a origem marcada pela circunscrição ao dano extrapatrimonial, são hoje aplicados, notadamente na prática norte-americana, também na responsabilidade patrimonial.<sup>95</sup>

Por fim, são admitidos tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva.

No âmbito da responsabilidade subjetiva, a razão de admitir-se parece evidente. Trata-se precisamente da seara onde se perquire acerca da culpa do ofensor.

Já no que toca à responsabilidade objetiva, esclareça-se: a conduta do agente é irrelevante apenas para a imposição da indenização compensatória, bastando a comprovação

---

<sup>93</sup> *Idem*, p. 250.

<sup>94</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>95</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 18.

do dano e do nexa de causalidade.<sup>96</sup> Isso não significa que não possa haver a imposição de indenização punitiva caso o autor da ação civil comprove a especial reprovabilidade da conduta do agente ofensor, senão vejamos.

### 6.2.1. Responsabilidade objetiva

Em que pese a divergência ainda hoje existente acerca da aplicação dos *punitive damages* no âmbito da responsabilidade objetiva (*strict liability*), pondera muito bem a excelente autora Caroline Vaz que “com a contínua ocorrência de danos causados às pessoas, passou-se a entender a possibilidade de serem eles invocados em alguns casos, com a finalidade de punir os agentes provocadores dos danos e, principalmente, evitar que novos viessem a ser praticados pelo mesmo motivo, sendo exemplificativa a responsabilidade objetiva do produtor”.<sup>97</sup> Não é por outra razão que “os tribunais norte-americanos vêm entendendo que as prestações punitivas devem ser utilizadas quando houver a colocação no mercado de produtos perigosos ou defeituosos, pelos produtores que conhecem tais vícios ou não fazem os testes de segurança, demonstrando, assim, flagrante indiferença pela segurança, saúde ou bem-estar dos consumidores”.<sup>98</sup>

Paradigmático é o caso *Ford Corporation v. Grimshaw* (1981). Após um acidente de trânsito, um automóvel *Ford Pinto* explodiu, causando a morte de três ocupantes. A explosão do carro se deu porque o tanque/reservatório do carburador havia sido colocado na parte traseira do veículo, o que, consoante comprovação posterior, permitia uma economia de 15 (quinze) dólares por automóvel produzido,<sup>99</sup> “Nesse caso, o júri não hesitou em conceder uma considerável soma a título de *punitive damages*, considerando que o comportamento da Ford era “altamente reprovável”. Para alcançar uma economia de 15 (quinze) dólares por automóvel, o tanque foi colocado em local inadequado e perigoso em caso de colisão, considerando o fabricante que resultaria mais vantajoso, tendo-se em vista uma análise de custos e benefícios, ressarcir os eventuais danos do que colocar o tanque em outro lugar: como foi verificado no curso do processo, a Ford, para escolher uma tal solução, havia efetuado uma análise de custo e benefício levando em conta não tanto o inteiro custo social de

---

<sup>96</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

<sup>97</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>99</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 19.

uma tal colocação de reservatório, mas unicamente a probabilidade (de qualquer forma baixa), de alguém entrar em juízo para ser ressarcido”.<sup>100</sup>

### 6.3. Parâmetros de aplicação

Os parâmetros de aplicação do instituto dos *punitive damages* foram fixados em um caso paradigmático (*BMW of North America, Inc. v. Gore* - 1996) basicamente para se evitar duas disfunções que dimanam da fixação por vezes excessiva do valor das prestações punitivas/dissuasórias: a super compensação (*overcompensation*) e o super desestímulo (*overdeterrence*).

Tanto o precedente quanto as disfunções merecem ser examinadas com maior minúcia. É o que passa a fazer.

#### 6.3.1. Disfunções

São duas as disfunções: a super compensação (*overcompensation*) e o super desestímulo (*overdeterrence*).

Sabendo-se que na maioria dos casos a indenização punitiva acresce à indenização compensatória, a vítima acaba por receber uma quantia superior aos danos que efetivamente sofreu, o que em virtude do seu caráter indeterminado, lembra Paula Lourenço, pode ser equivalente a ganhar na loteria (*tort lottery*).<sup>101</sup> É justamente esse valor excessivamente alto que assim resulta, em virtude de ser fixado por um Júri Popular, que se convencionou chamar de *overcompensation*.<sup>102</sup>

De outra banda, tem-se a *overdeterrence*. A sujeição a um montante por vezes elevado tem como efeito perverso o cerceamento da atividade econômica.<sup>103</sup> É dizer: os agentes econômicos sentem-se desestimulados a prosseguir com suas atividades, receosos quanto a uma possível condenação arbitrária.

---

<sup>100</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>101</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos, 2002. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>102</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>103</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos, 2002. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 63.

Com vistas à correção dessas disfunções, alguns parâmetros foram fixados no precedente *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), senão vejamos.

### 6.3.2. Caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996)

Fixaram-se, no precedente, três parâmetros a serem observados quando da fixação dos *punitive damages*. O primeiro, o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor. Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante atentar-se aos seguintes fatores: 1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; 2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com os direitos dos outros; 3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; 4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; 5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente. O segundo parâmetro diz com a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*. Por fim, o terceiro e último parâmetro diz com a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.<sup>104</sup> De levar-se em conta, ainda, o porte econômico do agente ofensor.

---

<sup>104</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 19.

## Capítulo III

### *Punitive Damages* no Brasil:

#### Problemas e perspectivas

Preliminarmente, assente-se o seguinte: sendo os *punitive damages* uma indenização que é concedida à parte em relação à indenização compensatória, pode-se afirmar, com segurança, que no Brasil o instituto não é aplicado. Não é raro, todavia, encontrar na jurisprudência pátria menção aos *punitive damages*. É de notar-se, porém, que o instituto, aqui, aparece sempre vinculado ao dano moral, constituindo o que alguns chamam de viés punitivo típico dessa espécie de indenização e por isso integrando, eis aí talvez a principal disfunção, a indenização que é paga a título compensatório.

Para além desse problema, que chamo de pseudo-aplicação do instituto no Brasil, há outros que pertinem ao instituto propriamente dito. Nesse último caso, releva combater três críticas: falta de propriedade da indenização punitiva, enriquecimento sem causa do autor e dupla condenação pelo mesmo fato. Vencido o exame dos problemas, passa-se a analisar as perspectivas de aplicação do instituto no Brasil, notadamente nos casos de lesão a interesses difusos.

#### 1. Problemas

São de duas ordens as críticas que podem ser feitas ao instituto dos *punitive damages*: as que pertinem ao instituto propriamente dito (i) e aquelas relativas à sua pseudo-aplicação no Brasil (ii).

##### 1.1. Críticas ao instituto

Algumas críticas são feitas ao instituto dos *punitive damages*. Releva, aqui, combater três delas: (i) falta de propriedade da indenização punitiva; (ii) dupla condenação pelo mesmo fato e (iii) enriquecimento sem causa do autor.

### 1.1.1. Falta de propriedade

A falta de propriedade da indenização punitiva quer significar que seria ela uma sanção penal, contrapondo-se, assim, ao instituto da responsabilidade civil, cujo objetivo é a reparação do dano sofrido pela vítima.<sup>105</sup> Anota Caroline Vaz, com propriedade, que em que pese nominalmente próximos, os fins de punir e prevenir no âmbito da responsabilidade penal e da responsabilidade civil demonstram-se ontológica e juridicamente diversos<sup>106</sup>, daí porque não ser impróprio falar-se em punição no âmbito da responsabilidade civil. “Afinal, se o lesante não se sentir, após a prática da conduta ilícita que denote especial ‘dolo’ do seu agir, atingido de tal forma a evitar que o ato se repita, de nada adiantará ser responsabilizado civilmente, fortalecendo-se nesta indiferença a possibilidade de repetição da conduta indesejada pela sociedade”.<sup>107</sup>

Segue-se que “a lei tem uma dupla função em relação a todos os ilícitos: não apenas restaurar o direito da parte lesada, se possível, ou entregar-lhe o equivalente, mas também garantir para o público o benefício da sociedade, prevenindo e punindo toda quebra e violação das leis, que o poder soberano entendeu apropriado estabelecer para o governo e tranqüilidade de todos”.<sup>108</sup> Significa que “mesmo nos casos de ofensas consideradas tradicionalmente individuais, como é o caso da injúria, permite-se que a vítima seja indenizada por danos morais (...) e que também eventualmente receba uma indenização punitiva, sendo que a indenização compensa o dano aos sentimentos do indivíduo, enquanto que a indenização punitiva reprime o ataque feito à própria sociedade, da qual a vítima é parte indissociável, ou seja, defende as normas comunitárias acerca de qual comportamento é apropriado e qual não é, bem como as que explicitam quem deve ou não ser tachado com a pecha de que agiu em desvio em relação a tais normas, submetendo-se à punição

---

<sup>105</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>108</sup> BLACKSTONE, W. Commentaries. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 161.

correspondente”.<sup>109</sup> Não podem, pois, as indenizações punitivas serem criticadas como a introdução de um elemento de censura estranho à órbita civil.<sup>110</sup>

É de notar-se, a propósito, que uma vez admitida a imposição de indenizações punitivas no Brasil, esta não seria a primeira, nem a única forma de punição civil existente.<sup>111</sup> Ao revés, embora a função punitiva esteja ligada à responsabilidade criminal, são várias as situações, no âmbito da responsabilidade civil, nas quais evidencia-se tal função.<sup>112</sup> Assim, v.g., quem demandar dívida já paga fica obrigado a pagar em dobro ao devedor (CC/2002, art. 940); ou ainda, o credor não precisa provar um prejuízo para pedir e obter pagamento de uma cláusula penal (CC/2002, art. 416). Na dicção de Vitor Gonçalves, “constituem exceções plenamente aceitas ao princípio de que no âmbito da responsabilidade civil não pode ser imposto mais do que o pagamento de prejuízos efetivamente causados”.<sup>113</sup> Como se vê, está-se sancionando o agente por seu comportamento ilícito. Simplesmente o que houve na responsabilidade civil foi uma diminuição da importância da função punitiva, ocasionada por força do deslocamento do pólo catalisador respectivo da conduta do agente ofensor para o dano.<sup>114</sup> Não é impróprio, pois, falar-se em punição no âmbito da responsabilidade civil.

### 1.1.2. Dupla condenação pelo mesmo fato

Cuida-se, aqui, dos casos em que o ato ilícito passível de sanção por meio de indenização punitiva constitua também um crime. Sustentam alguns a possibilidade de incorrer em um *bis in idem*, já que em hipótese, p. ex., de condenação por lesões corporais<sup>115</sup>, além da punição criminal, o autor seria punido novamente ao ser condenado ao pagamento de indenização punitiva, em uma flagrante violação ao princípio constitucional segundo o qual uma pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo delito.

Trata-se, em verdade, de um problema de justiça ou injustiça, e não de inconstitucionalidade.<sup>116</sup> É preciso, com efeito, harmonizar as “ações pública penal e privada

<sup>109</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>111</sup> *Idem*, p. 183.

<sup>112</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>113</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>115</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 171.

civil, de molde a garantir que o réu não seja exposto a uma punição excessiva. Assim, se o réu for adequadamente punido na esfera criminal, um pedido posterior de indenização punitiva deve ser barrado. De outra parte, se uma ação civil já se encontrar em curso e uma ação criminal for iniciada, ou vice-versa, deve ser possível levar em conta, quando da última punição, a que for julgada primeiro, devendo a última apenas complementar a punição adequada, mesmo assim apenas quando necessário”.<sup>117</sup>

É evidente que essa harmonização não é simples, embora seja sim possível. É preciso, portanto, muito rigor para que não fique essa harmonização à mercê apenas do bom-senso ou da razoabilidade, parâmetros que reputo temerários.

### 1.1.3. Enriquecimento sem causa

Funda-se essa crítica no argumento segundo o qual a imposição de indenizações punitivas ensejaria o enriquecimento sem causa da vítima, pois o valor total da indenização seria superior ao prejuízo sofrido. Embora parte do valor apurado com a imposição de uma indenização punitiva possa ser destinado à vítima, posto ser ela, afinal, quem suporta a prática ilícita do agente ofensor, tem-se sustentado que a melhor solução é determinar que o eventual valor que exceda o justo pagamento da vítima reverta em favor de um fundo de indenização<sup>118</sup>.

### 1.2. Críticas à pseudo-aplicação do instituto no Brasil

Lembra Caroline Vaz que a indenização punitiva constitui “o valor excedente àquele que pertine aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não se assemelhando ou subsumindo em quaisquer destes”.<sup>119</sup> Vincular, portanto, os *punitive damages* ao dano moral,

---

<sup>117</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>118</sup> CARVAL, Suzanne. La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, 1995. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 166.

<sup>119</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 75.

na crença de que este além de compensatório possui também natureza punitiva constitui um equívoco. A indenização por danos morais é estritamente compensatória. Senão vejamos.

Historicamente uma das primeiras formas de utilização das indenizações punitivas foi para fixar o valor do dano moral. “Diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. No entanto, na tradição anglo-saxã, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitive damages*. Estes, por sua vez, passaram a ser concedidos somente nos casos excepcionais em que o estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta, justificasse a fixação do quantum indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Similar trajeto não se reflete, como vimos, na doutrina e na jurisprudência brasileira, que continuam a conotar aspectos punitivos como ‘imanescentes’ ou próprios aos danos morais, reforçando-se a tese punitiva que não foi suplantada sequer pela indenizabilidade irrestrita do dano moral pela Constituição de 1988. Ainda hoje coexistem três correntes, em sede tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor”.<sup>120</sup>

Deve haver, portanto, “uma distinção bem clara entre indenizar e punir, como finalidades bem distintas, pelo que não podem decorrer do mesmo instituto, como *in casu* compensação por danos morais, conforme sustentam, na sua amplíssima maioria, os autores brasileiros ao considerarem os *punitive damages* atrelados aos danos morais”.<sup>121</sup>

Quer-se, em suma, assentar o seguinte: os danos morais não são punitivos nem sequer se deve chamar de *punitive damages* essa suposta natureza punitiva que os danos morais não têm. São estes, com efeito, estritamente reparatórios. Quanto aos *punitive damages*, é preciso sim implantá-los no Brasil, mas como uma prestação à parte em relação à indenização compensatória, sendo devida em função da particular censurabilidade da conduta do agente ofensor, e não por se cuidar, na hipótese, de dano patrimonial ou extrapatrimonial.

---

<sup>120</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>121</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 85.

## 2. Perspectivas

É bastante perceptível a insuficiência das tradicionais funções da responsabilidade civil para um verdadeiro apaziguamento social.<sup>122</sup> Quer-se com isso atentar para os “casos em que o pagamento de uma simples indenização é isoladamente ineficaz para a realização do ideal de prevenção dos atos ilícitos, justificando-se a imposição adicional de indenizações punitivas, como meio para reforçar o interesse do ofensor em não voltar a agir contra a lei. Prevenindo-se de forma eficaz o ilícito, prestigiada resta a Justiça e bem assim o Estado de Direito”.<sup>123</sup>

Como se sabe, não há na legislação brasileira dispositivo que preveja expressamente o uso das indenizações punitivas. Em que pese a importância de uma previsão, notadamente em nosso sistema, pertencente à família romano-germânica, onde o princípio da legalidade é muito prestigiado, não está impedido o reconhecimento e conseqüente aplicação dos *punitive damages*. Quer-se com isso atentar para o fato de que o instituto pode muito bem ser aplicado pelo Judiciário a partir de um exercício hermenêutico. Senão vejamos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”. Centremos na ameaça. Essa “passou a compor, na ordem jurídica positiva brasileira, o direito à jurisdição, que somente pode ser considerado eficiente quando, acionado, o Poder Judiciário não permitir a concretização da lesão de cuja ameaça teve notícia e buscou evitar”.<sup>124</sup> Isso denota, a toda evidência, a necessidade de um agir preventivo por parte do Judiciário. Tanto assim “que, para os lesados, a atuação posterior à prática agressiva já não tem como ser desfeita, mas apenas reparada”<sup>125</sup>, o que não é o objetivo da garantia constante daquele dispositivo.

Sabe-se que o direito assegurado no referido art. 5º, inciso XXXV, constitui direito fundamental. No que toca aos direitos fundamentais, duas premissas devem ser assentadas: (i) vige quanto a esses o princípio da máxima eficácia e (ii) são dotados de aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º). É dizer: “as normas de direitos e garantias fundamentais

---

<sup>122</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>123</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 245.

<sup>124</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*.

não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos (...) impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível”.<sup>126</sup>

Fazendo-se um exercício hermenêutico, i.e., interpretando o dispositivo referido à luz dessas premissas surge como propícia e irremediável a adoção, pelo Judiciário, de institutos que se identifiquem com essa finalidade preventiva e na qual se inserem com pertinência as indenizações punitivas.<sup>127</sup> Nesse diapasão, é possível concluir que para exercer sua missão constitucional na plenitude, além de dar efetividade à função preventiva do direito fundamental ora sob exame, o Poder Judiciário poderá, motivadamente, reconhecer, quando da fundamentação de suas decisões, por meio do exercício hermenêutico sugerido, outras funções da responsabilidade civil, quais sejam, a punitiva e dissuasória,<sup>128</sup> sempre com vistas à prevenção.

Bem pondera Caroline Vaz ao sustentar, com fundamento em Cármen Lúcia, “que quanto mais eficientes forem os sistemas em dotar os indivíduos e as instituições de instrumentos acautelatórios a fim de que ameaças sejam sustadas ou desfeitas antes mesmo da prática prejudicial aos direitos, tanto melhor atendidos estarão os objetivos dos ordenamentos jurídicos”.<sup>129</sup> Nesse ponto convém indagar: a lesão a quais interesses ensejaria a aplicação das indenizações punitivas? É o que passa a examinar.

## 2.1. Interesses a serem protegidos

Assevere-se, desde já, o seguinte: qualquer lesão, seja ela a interesse difuso, coletivo, individual homogêneo ou apenas individual, pode ensejar a aplicação das indenizações punitivas, ou ainda, do instituto dos *punitive damages*. A razão é pedestre: funda-se a indenização punitiva na particular gravidade da conduta do agente ofensor e não na espécie de lesão causada.

---

<sup>126</sup> SARLET, Ingo. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, 2001. *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>127</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 112.

Imaginemos uma lesão ao meio ambiente. Trata-se de lesão a interesse difuso. Só por isso, autorizada, então, está a imposição de uma indenização punitiva? É claro que não! É preciso, reiterar-se, perquirir acerca da conduta do agente ofensor. Continuemos na lesão ao meio ambiente. Caso se comprove, exemplificativamente, ter o agente ofensor agido com flagrante indiferença para com os danos sociais, primando apenas pelos eventuais lucros individuais de sua ação, i.e., com fundamento em uma razão econômica, na convicção de que seria mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo, aí sim, não há dúvida, caberia impor uma indenização punitiva.

É preciso, com efeito, que a reprovabilidade da conduta do ofensor assuma um maior relevo, o que enseja a existência de uma sanção civil independente em relação ao dano, precisamente a indenização punitiva, tornando mais justa e efetiva a prestação jurisdicional.<sup>130</sup> Quer-se, com a imposição dos *punitive damages*, instigar uma mudança de comportamento, desestimulando o ofensor, e a outros como ele, de persistir na prática, daí seu efeito pedagógico, sempre com vistas à prevenção de novos danos. Não é difícil perceber a insuficiência da indenização estritamente compensatória no alcance desses objetivos.

Em suma, o que é preciso ter assente é que a referência para a condenação com finalidade de punir se dá pelo comportamento e não pela lesão ou dano propriamente ditos.<sup>131</sup> É fora de dúvida, todavia, que quando se trata de lesão a interesse difuso, admitido o grande número de pessoas atingidas, número esse que prescinde de mensuração, cabe, ainda com mais razão, desde que comprovada, insista-se mais uma vez, a censurabilidade da conduta do agente ofensor, condená-lo ao pagamento de uma indenização punitiva. É preciso, portanto, examinar a teoria da indenização punitiva no âmbito de proteção aos interesses difusos. Justamente esse é o objeto de estudo do próximo ponto.

## 2.2. Indenização punitiva na defesa de interesses difusos

Viu-se que a referência para a condenação com finalidade de punir se dá pelo comportamento e não pela lesão ou dano propriamente ditos. Admitido, todavia, o impacto social resultante da lesão a interesses difusos, cabe, ainda com mais razão, desde que

---

<sup>130</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>131</sup> VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p. 125.

comprovada, insista-se mais uma vez, a censurabilidade da conduta do agente ofensor, condená-lo ao pagamento de uma indenização punitiva.

Nesse ponto, convém rememorar prescindir o magistrado de lei autorizadora quando da imposição de indenizações punitivas, posto poder valer-se do exercício hermenêutico já sugerido. O juiz, na qualidade de intérprete, é co-participe do processo de criação do direito.<sup>132</sup> Em suma, é dizer: a carência de lei não constitui óbice à aplicação dos *punitive damages*.

É fora de dúvida, porém, que restariam os interesses difusos ainda mais protegidos caso houvesse uma previsão legal das indenizações punitivas. Pertinente seria, conforme adiante se verá, introduzi-las na Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 7347, de 24 de Julho de 1985.<sup>133</sup>

Preliminarmente, convém definir o que vem a ser interesse difuso. É o que passa a fazer.

### 2.2.1. Interesse difuso

Preciso o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Ordinária nº 8.078/90, quando estabelece, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, que constituem interesses difusos os interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como se vê, são quatro as características básicas. Convém, ainda que sinteticamente, posto serem quase que auto-explicativas, esclarecê-las.

Primeiro, constituem os interesses difusos interesses transindividuais. É dizer: constituem interesses que extrapolam a órbita individual dos indivíduos.

Segundo, ligam-se os sujeitos afetados por circunstâncias de fato. Quer isso significar “que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses:

---

<sup>132</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano I. n. 2. out. 2006, p. 35.

<sup>133</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 245.

eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem determinada região, de consumirem certo produto, etc.”<sup>134</sup>

Daí decorre, em terceiro lugar, serem os sujeitos afetados pessoas indeterminadas. Exemplificativamente, é impossível individualizar as pessoas lesadas com a poluição de um rio. Nesse ponto, cabe objetar, consoante anotação de Carlos Medeiros, que ainda que, eventualmente, este ou aquele integrante do grupo de titulares seja identificado, este dado, todavia, será irrelevante porque não elidirá a natureza difusa do interesse.<sup>135</sup>

Por último, eis aqui talvez a principal característica, consoante adiante se verá, têm os interesses difusos natureza indivisível. Quer-se com isso sinalizar para o fato “de serem insuscetíveis de participação em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos”.<sup>136</sup> É impossível, v.g., determinar a quota-parte de cada um a um meio ambiente saudável.<sup>137</sup>

Uma vez assentado o que vem a ser interesse difuso, cabe agora examinar as possibilidades de adoção, na ordem jurídica brasileira, dos *punitive damages* no âmbito de proteção desses interesses bem assim as vantagens que daí dimanariam. É o que passa a fazer.

### 2.2.2. *Punitive damages*, interesse difuso e ordem jurídica brasileira

Dispõe a Constituição Federal, precisamente em seu art. 129, inciso, III, ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A propósito, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a expressão “outros interesses difusos e coletivos” prescinde de maior definição, vez que a categoria dos interesses difusos é residual, cabendo, por isso, ao Ministério Público a defesa de qualquer desses interesses.<sup>138</sup> Quer-se, com isso, sinalizar para o fato de que constitui a

---

<sup>134</sup> *Idem*, p. 216.

<sup>135</sup> MEDEIROS, Carlos. Tutela (civil) dos interesses difusos, 2000. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 220.

<sup>136</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 220.

<sup>137</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 195.056/PR. rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09.12.1999. Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal. 14.11.2003. p. 18. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 234.

ação civil pública o principal instrumento para a defesa de interesses difusos no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito de proteção desses interesses, com efeito, a previsão das indenizações punitivas não poderia restar situada em outro lugar que não a Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 7347, de 24 de Julho de 1985.

Nesse ponto, vale ressaltar não se ter aqui a pretensão de sugerir a redação dos dispositivos legais que conteriam a previsão das indenizações punitivas. Fatores como o grau de culpa e malícia do agente ofensor, o proveito obtido com a prática ilícita, sua situação socioeconômica e a gravidade e extensão do dano devem ser considerados.

Referiu-se, acima, constituir a indivisibilidade talvez a principal característica dos interesses difusos. Isso porque resulta da indivisibilidade do objeto a circunstância de que o produto da eventual indenização pelo dano causado reverte a um Fundo (LACP, art.13).

Eis aqui a principal vantagem a corroborar a adoção dos *punitive damages* na defesa de interesses difusos, na medida em que se evitaria o enriquecimento sem causa do autor da ação. No “direito brasileiro, o dinheiro do Fundo é aplicado na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas à defesa do interesse envolvido”.<sup>139</sup>

Da indivisibilidade também resulta o fato de que, nas ações para a tutela de interesses difusos, os efeitos da coisa julgada são *erga omnes*, i.e., vale para todos, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (LACP, art. 16). “Por meio do julgamento de uma única ação civil pública, pode-se obter toda a condenação devida em face da ocorrência de uma dada situação de fato, lesiva de um interesse difuso, evitando-se não apenas decisões contraditórias, mas que o produto da indenização, ou de uma indenização punitiva, não seja retido por um ou poucos, em detrimento de muitos”.<sup>140</sup>

Outra vantagem diz com o fato de encontrar-se o Ministério Público legitimado à defesa dos interesses difusos (LACP, art. 5º, I). Não obstante ser concorrente a legitimação

---

<sup>139</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 244.

para a propositura da ação civil pública (LACP, art. 5º), e isso é também uma vantagem, sabe-se da preponderância do MP na defesa desses interesses, merecendo referência o fato de que, quando não propõe ele próprio a ação civil pública, sempre intervém como fiscal da lei, podendo ainda assumir ações em caso de desistência de outra parte legitimada (LACP, art. 5º, §§ 1º e 3º).

Uma última vantagem a ser referida é que, no Brasil, é um juiz de direito togado que fixa o valor total da indenização.<sup>141</sup> “Não existindo quaisquer hipóteses legais de atuação de júris populares no âmbito do processo civil brasileiro, segue-se que a implementação da teoria da indenização punitiva poder ser feita com uma segurança muito maior, podendo-se inferir que não serão ‘importados’ dos EUA os valores altíssimos de indenizações punitivas ali atingidos”.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> *Idem*, p. 240.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 241.

## Conclusão

Viu-se que condutas existem, e são várias, que agridem de tal forma o “sentimento ético jurídico prevalente em determinada comunidade”<sup>143</sup> que é preciso não apenas ressarcir a vítima, mas punir exemplarmente o ofensor como medida necessária à prevenção de novos danos<sup>144</sup>.

O certo é que “o ‘paradigma reparatório’, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, não constituindo resposta jurídica satisfatória”.<sup>145</sup>

Posto isso, urge introduzir no Brasil o instituto dos *punitive damages*. Sua cartilha é simples e muito eficaz: o causador do injusto tem de ser efetivamente punido, vale dizer, não pode passar impune por sua conduta ilícita,<sup>146</sup> intencional e maliciosa.

Sinteticamente, a indenização punitiva constitui espécie de “indenização, diversa dos *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo, e a outros como ele, de praticar conduta semelhante no futuro”.<sup>147</sup>

É preciso que se entenda, agora em definitivo, que a teoria da indenização compensatória é forte o suficiente para sobreviver, mas muito fraca para ser a única regra.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Apud*: VAZ, Caroline, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>144</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>145</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>146</sup> PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A introdução da doutrina norte-americana do *punitive damage* no sistema jurídico brasileiro para a avaliação das indenizações por danos morais – o dano moral enquanto elemento difusor da cidadania. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 4. N. 8. Jul./Dez. 2001, p. 298.

<sup>147</sup> Restatement (Second) of Torts, § 908 (1). *Apud*: VAZ, Caroline. *Op. Cit.*, p.14.

<sup>148</sup> DEMOGUE, René. “Validity of the theory of compensatory damages”, 1918. *Apud*: GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Op. Cit.*

## Referências

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**. N.85. Nov./Dez. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *In*: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano I. n. 2. Out. 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 233-258.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**. V. 18. Abr/Jun 2004. p.45-78.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. *In*: **Atualidades jurídicas 2**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva. **R. CEJ**, Brasília, n.28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A introdução da doutrina norte-americana do *punitive damage* no sistema jurídico brasileiro para a avaliação das indenizações por danos morais – o dano moral enquanto elemento difusor da cidadania. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Ano 4. N. 8. p. 292-301. Jul./Dez. 2001.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Princípios Internacionais do Direito de Família. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIBD**. Lisboa. Ano 1. N. 9. p. 5483-5521. 2012.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. N.30. p. 09-48. Abr./Jun. 2007.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamado microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-14.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. ***Punitive Damages* e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal**. Disponível em <<http://revistapraedicatio.inf.br/download%5Cartigo07-edicao2.pdf>> . Acesso em: 05.12.2012.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – da reparação à punição e dissuasão – Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.