

***Punitive damages* nos Estados Unidos e danos morais no Brasil**

Wendell Lopes Barbosa de Souza¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. *Punitive damages*. 1.1 Conceito e finalidade. 1.2 Classificação das formas indenizatórias nos EUA. 1.3 Teses pró. 1.4 Teses contra. 1.5 Pressupostos para aplicação dos *punitive damages* (*an debeatur*) - o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*. 1.6 Elementos para valoração dos *punitive damages* (*quantum debeatur*) - o caso *BMW of North America v. Gore*. 2. *A tort reform* - uma tendência nos EUA ao *Civil Law*. 2.1 *A tort reform* nos estados da Federação americana. 2.1.1 Estados que admitem incondicionalmente os *punitive damages*. 2.1.2 Estados que proíbem os *punitive damages*. 2.1.3 Estados que limitam o valor dos *punitive damages*. 3. Relação entre a indenização por danos morais no Brasil e os *punitive damages* nos EUA. 3.1 O posicionamento da doutrina brasileira. 3.2 A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo. 3.3 A questão no Superior Tribunal de Justiça. 3.4 A questão no Supremo Tribunal Federal. 4. Nosso posicionamento. Bibliografia.

1. *Punitive damages*²

1.1 Conceito e finalidade

Os *punitive damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”.³

¹ Titular da 3ª Vara de Família e Sucessões Central da Capital, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO, Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, estudante do programa *visiting scholar da Fordham University* de Nova Iorque e participante do curso sobre os recentes desenvolvimentos do Direito Americano em julho de 2012 - e-mail: wlopesbarbosadesouza@yahoo.com.br.

² Capítulo reformulado para palestra realizada na Escola Paulista da Magistratura no ano de 2013 por iniciativa do Instituto de Direito Privado, extraído da tese apresentada na PUC/SP intitulada “Danos Morais no Brasil e *Punitive Damages* nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa”.

³ *Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit* (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2004. p. 448).

William L. Prosser, John W. Wade e Victor E. Schwartz afirmam que os *punitive damages*, às vezes chamados de *exemplary* ou *vindictive damages*, ou *smart money* — ao pé da letra “dinheiro esperto” — consistem numa soma adicional acima da remuneração, para a vítima dos danos sofridos, concedida com a finalidade de punir o réu e de adverti-lo a não fazê-lo de novo, além de intimidar os outros com o exemplo.⁴

Os *punitive damages*, até a metade do século XX, não eram frequentes nos Estados Unidos.⁵ Mas, a partir daí, a concessão de indenizações punitivas se tornou um dos mais controversos e importantes aspectos da responsabilidade civil no Direito americano.⁶ E é por isso, então, que, naquele país, a política de concessão de indenizações punitivas tem sido objeto de muita disputa.⁷

Além das denominações antes indicadas, outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência aos *punitive damages*, entre as quais: *vindictive damages*, *punitive damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *pre-sumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages* e *retributory damages*.

Diz-se que, “na realidade, cada vez mais, vê-se uma tendência limitativa dessa forma de indenização”⁸. Mas um estudo de natureza híbrida, de caráter social e jurídico, feito nos Estados Unidos, concluiu que as indenizações punitivas fixadas pela justiça daquele país ainda são altamente variáveis e arbitrárias⁹.

1.2 Classificação das formas indenizatórias nos EUA

O surgimento da responsabilidade civil como um ramo independente do Direito, ao contrário do que se pensa, veio muito tarde na

⁴ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

⁵ HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages - a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011. p. 5.

⁶ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

⁷ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354.

⁹ PAYNE, John W. et al. *Punitive damages - how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. p. 74.

história dos Estados Unidos, sendo lecionada pela primeira vez numa escola de Direito no ano de 1870, com o primeiro livro publicado sobre o tema quatro anos depois.¹⁰

Afirma-se que a responsabilidade civil extracontratual americana, o *common law of torts*, é complexa, bagunçada e portadora de uma gama enorme de vários objetivos¹¹, e que não existe um só aspecto de vida contemporânea dos americanos que não esteja ligado à responsabilidade civil e aos seguros como consequência.¹²

Diz-se, por isso, que em determinado momento a sociedade americana se viu obrigada ao pagamento de um novo tributo, que veio com o nome de *tort tax*. Para os adeptos dessa ideia, a *tort tax* é uma prática não muito antiga, que, apesar de já existir há séculos no Direito, só recentemente saiu do segundo plano e alçou lugar de destaque, isso a partir dos anos 1950 na legislação e com uma nova geração de juristas dos anos 1960 e 1970.¹³

São variadas as modalidades indenizatórias no Direito americano, como a seguir.

Os “*actual damages ou compensatory damages* (integrantes da categoria *substantial damages*) constituem uma soma estabelecida em favor da vítima para a compensação de perdas e danos comprovados”¹⁴, e, assim, “correspondem à tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano”.¹⁵

Já os *nominal damages*, “constituem uma soma de valor insignificante e simbólica estabelecida em caso de lesão que não causa dano material, ou quando este não é demonstrado em sua extensão”.¹⁶

A expressão *general damages* (também chamados *direct damages ou necessary damages*) serve como “referência a danos não redutíveis a pecúnia e que independem de comprovação, tais como a perda de um

¹⁰ WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985. p. 3.

¹¹ MADENN, M. Stuart. (Ed.). *Exploring tort law*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 336.

¹² ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law form the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 1.

¹³ HUBER, Peter W. *Liability, the legal revolution and its consequences*. New York: Basic Books, 1988. p. 4.

¹⁴ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 184.

¹⁵ *Ibid.*, p. 184.

¹⁶ *Ibid.*, p. 184.

ente querido, o dano à reputação, a diminuição da expectativa de vida, a dor e o sofrimento em geral”.¹⁷

Os *special damages* fazem referência tanto às perdas e danos comprovados pelo lesado, incluídos aí os danos emergentes e os lucros cessantes, quanto à indenização correspondente a tais prejuízos.¹⁸

Os *punitive damages*, pela sua natureza, constituem figura à parte em relação às demais espécies de indenizações, constituindo “uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão”.¹⁹

Até de “camaleão do direito” já foram chamados os *punitive damages*, já que existe muita discórdância a respeito de seus objetivos e por consequência de seu nome²⁰.

1.3 Teses pró

Os *punitive damages* têm sido defendidos como um método saudável de desencorajar maus motivos e como um remédio parcial para o processo civil americano permitir a compensação das despesas de litígio gastas pela vítima, incluindo honorários advocatícios, bem como uma forma de retirar dos demandantes o desejo de vingança e ingressarem em canais pacíficos, além de também servirem para corrigir uma longa série de pequenos casos de indignação e opressão.²¹

Também a favor dos *punitive damages* afirma-se que a mera indenização por danos materiais, muitas vezes, não é o bastante para compensar as vítimas de atos ilícitos, sequer para pagar seus advogados ou as taxas do processo.²²

¹⁷ Ibid., p. 184-185.

¹⁸ Ibid., p. 185.

¹⁹ Ibid., p. 186.

²⁰ GROVES, John R. (Ed.). *Extracontractual damages - torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983. p. 106.

²¹ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

²² PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

1.4 Teses contra

De acordo com André Gustavo de Andrade, “os partidários da *tort reform* argumentam que os *punitive damages* são contrários à longa tradição do Direito norte-americano, que separa o Direito Civil do Criminal”, já que “o Direito Criminal se preocupa em punir o ofensor, enquanto o Direito Civil tem o objetivo de reparar ou compensar o dano sofrido pela vítima”.²³ Argumenta-se que as multas tipicamente penais são destinadas ao Estado, enquanto os *punitive damages* são pagos à vítima, para a qual o montante indenizatório constitui um ganho inesperado e em certa medida uma fonte de enriquecimento sem causa (*windfall*).²⁴

Também se argumenta que não seria justo que o júri impusesse uma condenação economicamente nefasta contra uma pessoa sem que tenha elementos seguros para tanto.²⁵ Isso porque, como se sabe, o corpo de jurados é formado por leigos, que são reunidos para um julgamento específico, sendo incumbidos de decidir os fatos em litígio, aplicando o Direito a tais fatos em conformidade com as instruções fornecidas pelo juiz. E, no que concerne à existência desse tipo de tribunal, enquanto exteriorização de uma das peculiaridades do sistema processual americano, a Professora Toni M. Fine²⁶ constata que “a presença do júri como o investigador do fato gera desafios especiais e uma dinâmica única”.

Alguns chegam a afirmar que a maior preocupação a respeito dos *punitive damages* hoje é que nos Estados Unidos estão “out of control”, isto é, fora de controle.²⁷ E, por isso, as empresas começam a ser impactadas pelos *punitive damages* conferidos frequentemente em valores muitas vezes excessivos quando comparados com os *compensatory damages*.²⁸

²³ ANDRADE, André Gustavo de. Op. cit., p. 197.

²⁴ Ibid., p. 197.

²⁵ PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

²⁶ FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 4.

²⁷ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

²⁸ HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages - a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011. p. 6.

1.5 Pressupostos para aplicação dos *punitive damages* (*an debeat*) – o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*²⁹

No ano de 2003, a Suprema Corte americana se posicionou sobre os pressupostos necessários à aplicação da indenização punitiva, especificando os requisitos que os tribunais devem verificar presentes no caso concreto para a imposição de *punitive damages*, isto quando do exame da lide judiciária denominada o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*.

Tratou-se de uma ação ajuizada por um casal (os Campbell) em virtude da prática de ilícitos contratuais por parte da seguradora *State Farm Mutual* contra os autores e outros de seus segurados, consistentes no não pagamento de indenizações devidas.

Em primeira instância, o valor da condenação foi de US\$ 2,6 milhões como indenização compensatória e de US\$ 145 milhões a título de indenização punitiva. Embora o Tribunal de Apelação tenha reduzido o valor da compensação a US\$ 1 milhão, bem como a punição a US\$ 25 milhões, a Suprema Corte de Utah restaurou a condenação original, motivando sua decisão no intuito de punir a *State Farm Mutual Insurance Co.* pelas reiteradas operações fraudulentas praticadas, em nível nacional, pela companhia de seguros contra seus clientes.

A Suprema Corte, contudo, avaliou que a indenização punitiva determinada pela Corte de Utah teve, na verdade, o objetivo de punir e desestimular comportamentos que não tinham qualquer nexo de causalidade com os danos sofridos pela parte em julgamento. Entendeu que a companhia deveria ser julgada e eventualmente condenada, só e exclusivamente, com base nas ações que causaram danos unicamente às vítimas daquele processo, e não também por “fatos considerados desagradáveis ao corpo de jurados”. Com base nessas premissas, a decisão de condenar a *State Farm Mutual Insurance Co.* a pagar a indenização punitiva de US\$ 145 milhões pareceu à Suprema Corte de impossível justificação, determinando a devolução dos autos à origem para a fixação de um novo valor.

²⁹ A narrativa deste caso foi extraída da obra de André Gustavo de Andrade, já citada por diversas vezes neste trabalho, tal a sua importância no tema, qual seja, *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200-202.

Assim, nesse caso, o excelso tribunal americano indicou novos critérios para uniformizar o exame acerca da determinação do grau de repressão da conduta do réu a gerar a possibilidade de indenização punitiva. Dessa sorte, aos tribunais cumpre avaliar, essencialmente: I - se o dano causado à vítima é um dano físico ou se tem caráter econômico; II - se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu; III - se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado; e IV - também ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem.

1.6 Elementos para valoração dos *punitive damages* (*quantum debeatur*) – o caso *BMW of North America v. Gore*³⁰

No ano de 1995, a mesma Suprema Corte americana teve a oportunidade de se pronunciar também acerca da quantificação dos *punitive damages*, ao apreciar o caso *BMW of North America v. Gore*.

O médico Ira Gore Jr. moveu a ação em face da BMW pelo seguinte fato: em 1990, o autor adquiriu um automóvel BMW no valor de US\$ 40 mil; nove meses depois, detectou que algumas partes do carro tinham sido repintadas, embora o automóvel tivesse sido vendido como novo; aparentemente o dano fora causado por uma chuva ácida durante o transporte do veículo da Alemanha aos Estados Unidos.

Convencido de que houve omissão de informação relevante, Gore Jr. propôs ação em face da *BMW of North America* (o distribuidor estadunidense da BMW), alegando que o veículo por ele adquirido valia 10% menos (cerca de US\$ 4 mil) do que um automóvel inteiramente novo, não repintado. A esse valor somava-se um pedido, a título de *punitive damages*, de US\$ 4 milhões, correspondente ao prejuízo sofrido por compradores de cerca de 1.000 automóveis repintados, nas mesmas condições do seu, que haviam sido vendidos como novos pela BMW nos Estados Unidos.

Além da condenação ao pagamento de US\$ 4 mil dólares (como compensação), o júri do Tribunal de Birmingham aceitou o pedido de Ira Gore e condenou a BMW a pagar 4 milhões de dólares como *punitive*

³⁰ Repita-se que a narrativa deste caso foi extraída da obra de André Gustavo de Andrade, já citada por diversas vezes neste trabalho, tal a sua importância no tema, qual seja, *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200-202.

damages, entendendo que a política de não divulgação de danos adotada pela ré constituía omissão fraudulenta.

Inconformada, a BMW interpôs recurso de apelação perante a Suprema Corte do Alabama. Sustentou que a política por ela adotada obedecia à lei de 25 Estados da Federação. A Suprema Corte do Alabama condenou-a a pagar US\$ 2 milhões em *punitive damages*, determinando a redução no valor inicialmente fixado pelo júri, porque este, impropriamente, teria levado em conta, para estabelecer a pena pecuniária, o número de vendas realizadas nos Estados Unidos e não somente as vendas efetuadas em determinados Estados, com legislação semelhante à do Alabama.

Em 1995, foi interposto recurso perante a Suprema Corte americana, que aceitou analisar o caso e considerou “enormemente excessivo” o valor indenizatório a título de *punitive damages*. Em síntese, a Corte entendeu que “a decisão de 2 milhões de dólares a título de indenização punitiva é enormemente excessiva e portanto ultrapassa o limite constitucional”, diante da “garantia fundamental contra indenizações arbitrárias ou irracionais”.

A partir da decisão *BMW v. Gore*, considera-se violado o dispositivo constitucional do *Due Process* sempre que se verificar arbitrariedade na fixação dos *punitive damages*. Como consequência, restaram fixados três critérios para analisar situações desse gênero, já que a falta de razoabilidade na fixação da indenização no caso em exame, vista como atentatória da *Due Process Clause* em seu aspecto substancial, foi deduzida dos seguintes argumentos: I - o grau de repreensão da conduta do ofensor; II - a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva; e III - a diferença entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais impostas em casos semelhantes no Estado.

2. A *tort reform* – uma tendência nos EUA ao Civil Law

2.1 A *tort reform* nos estados da federação americana³¹

Em quais situações é possível a aplicação dos *punitive damages* e quão reprovável deve ser a conduta do causador do dano para justificar

³¹ As informações contidas neste capítulo a respeito da reforma no sistema indenitário dos Estados Unidos foram extraídas do site da *ATRA - American Tort Reform Association*. Disponível em: <<http://www.atra.org>>. Acesso em: 13 dez. 2011, que nos foi indicado pela obra retro citada de André Gustavo de Andrade, p. 196.

esta espécie de indenização, além da própria problemática da fixação do *quantum* indenitário, é algo que varia consideravelmente de um para outro estado dos EUA, no que toca ao trato tanto legal quanto, por consequência, ao jurisprudencial do tema.

Por autorização da Emenda X, acrescentada à Constituição Federal americana original, está reservada aos estados, e não à União, a competência legislativa acerca da temática referente à responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Assim, em tese, nos Estados Unidos não há como existir legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages* em todo o país.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 Estados dos EUA. Em alguns Estados vêm previstos em lei, em outros têm sua origem no *common law*.

Hoje os *punitive damages* são o centro das maiores batalhas contemporâneas no tema da responsabilidade civil americana, por meio da *tort reform*.³²

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*, ou, em outras palavras, da reforma do sistema de indenização americano. Alguns sustentam que os montantes indenizatórios estão fora de controle, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer estes valores.³³

Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados da federação americana têm fixado limites aos valores dos *punitive damages* e até mesmo requisitos à sua imposição, por meio de estatutos legais, o que se denominou *tort reform*. Em outras unidades da Federação o tema permanece sem disciplina normativa, ficando a aplicação e a fixação do valor dos *punitive damages* a critério único da Justiça.

³² SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A, p. 352.

³³ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

Chama atenção a mensagem que se encontra inserta no site da ATRA³⁴, da lavra de seu presidente Tiger Joyce, para quem a *Tort Reform* é, em última análise, uma questão econômica, não uma questão política, e que é visível o fato de empregadores e empresas estarem fugindo dos Estados em que são impostas altas indenizações a título de *punitive damages*, como a Califórnia, Illinois e Nova York.

2.1.1 Estados que admitem incondicionalmente os *punitive damages*

Alguns estados dos EUA não proíbem nem sequer limitam os valores dos *punitive damages* por meio de leis, ficando a decisão inteiramente à mercê do Poder Judiciário, apenas respeitada a condição de produção de prova clara acerca do dolo, má-fé, fraude ou malícia do causador do dano. Tais requisitos, entretanto, como se viu, consubstanciam-se em pressupostos gerais estabelecidos pela Suprema Corte para toda e qualquer imposição de indenização punitiva, sem que seja necessária a edição de lei para sua observância, em virtude do próprio sistema de precedentes.

No caso da Califórnia, estabelece seu *Civil Code* (3.294, “a”):

Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.³⁵

Interessante notar que as unidades federativas onde estão situadas as três maiores e mais pujantes cidades dos Estados Unidos: Nova York (estado de Nova York), Los Angeles (estado da Califórnia) e Chicago (estado de Illinois), nessa ordem de grandeza, não possuem qualquer proibição ou limitação à fixação das indenizações punitivas.

³⁴ ATRA - American Tort Reform Association. Disponível em: <<http://www.atra.org>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

³⁵ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 188.

2.1.2 Estados que proíbem os *punitive damages*

Como se viu, considerável é o movimento de vários segmentos da sociedade americana em busca da implementação de reformas no campo da responsabilidade civil³⁶, e a denominada *tort reform* tem levado à adoção de várias medidas restritivas em relação aos *punitive damages* no âmbito estadual.

Muitos estados buscam a abolição do instituto ou, ao menos, o estabelecimento de normas que restrinjam os casos de aplicação dos *punitive damages* e limitem os valores indenizatórios.³⁷

E, talvez por isso, por essa proliferação de leis, já se tenha propugnado por uma suposta crise do *common law*.³⁸

Assim, à vista de tal movimento, das 50 unidades federadas estadunidenses, já não admitem os *punitive damages* os estados de Massachusetts, Louisiana, Nebraska e Washington.³⁹

Diga-se que alguns estados ainda desenvolveram legislações disciplinando os *punitive damages* de outra forma, como em New Hampshire, onde os *punitive damages* não são possíveis, mas quando o ato ilícito envolve arbítrio, malícia ou opressão, a indenização compensatória pode refletir estas circunstâncias agravantes.⁴⁰

2.1.3 Estados que limitam o valor dos *punitive damages*

Num caminho intermediário, nem autorizando ilimitadamente nem proibindo a imposição dos *punitive damages*, encontra-se a grande maioria dos Estados, valendo a breve menção da disciplina de alguns deles que podem contar com regras especiais sobre julgamento em processo separado com relação à indenização punitiva e até mesmo in-

³⁶ Ibid., p. 196.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 196.

³⁸ BRUDNER, Alan. *The unity of the common law - studies in hegelian jurisprudence*. Berkeley: University of California Press, 1995. p. 1.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 57, abr./jun. 2004.

⁴⁰ SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A, p. 229.

dicar uma terceira entidade a ser beneficiada com parte do respectivo montante indenizatório, juntamente com a vítima, evitando o alegado enriquecimento sem causa, como Michigan, Alabama, Nova Jersey, Texas etc.

3. Relação entre a indenização por danos morais no Brasil e os *punitive damages* nos EUA

A possibilidade de se indenizar o dano moral sofrido por uma pessoa, em tese, nenhuma relação guarda com a concomitante punição a ser impingida ao causador do prejuízo. Indenizar, como sabido, trata-se da recomposição do patrimônio material daquele que se viu vítima de um infortúnio. Em princípio, deveria a palavra “indenização” ser empregada apenas para a reparação do dano material. Com alguma divergência, entende a grande maioria da doutrina que o dano moral não pode ser reparado, porquanto a dor espiritual não tem conteúdo econômico, daí não poder ser mensurada a respectiva indenização. Para os casos de dano moral, nesse quadro, teria cabimento uma mera compensação da dor sofrida pela vítima por uma quantia em dinheiro. Assente, então, que o dano material se indeniza e o dano moral se compensa por valor em espécie.

Nada obstante, tanto a doutrina quanto a jurisprudência aceitam, sem problemas, o termo “indenização” para tratar da reparação do dano material e da compensação do dano moral. Resumindo, não há qualquer equívoco ao se falar em “indenizar” o dano material ou o dano moral. Isto posto, pode-se dizer que, tendo sido praticado um ato causador de dano material ou moral, terá cabimento uma indenização, por meio da qual uma quantia em dinheiro servirá como reparação pelo prejuízo material e como compensação pelo prejuízo imaterial.

Veja-se, entretanto, que, em momento algum, mencionou-se a indenização como instrumento hábil à punição do agente causador do dano, mesmo tendo este atuado imbuído de dolo, má-fé ou culpa grave. Por outro modo, em termos técnicos, não se poderia pensar na indenização como meio para se apenar o agente causador de dano, tampouco como instrumento para dissuadir a prática de outras condutas danosas idênticas. Não poderia, assim, a indenização desenvolver os aspectos de repressão e prevenção quanto à prática de atos causadores de prejuízos materiais e morais, como se dá com a indenização punitiva americana.

Como dito, entretanto, apenas no trato estritamente técnico do tema é que se pode chegar a tal conclusão. Isso porque a pesquisa de boa parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras aponta conclusão diversa da acima mencionada. Para essa parcela, a indenização não tem como única finalidade a recomposição do dano material e a compensação pelo dano moral, mas também a possibilidade de servir como instrumento de punição ao agente causador do prejuízo, da forma como atuam os *punitive damages* dos Estados Unidos.

Ora, afinal, então, tem ou não a indenização por danos morais no Brasil a função punitiva ao agente causador do dano, atuando como instrumento de repressão e prevenção, como a pena criminal?

3.1 O posicionamento da doutrina brasileira

Maria Celina Bodin de Moraes, com fundados argumentos, externa seu posicionamento contrário à tese punitiva da indenização por danos morais, afirmando que “não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais”.⁴¹

Ao contrário, chama a atenção para o fato de que “o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional”.⁴²

Com efeito, o artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, que contemplava a indenização punitiva, foi vetado quando da sanção do Código. Assim, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que:

Relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano.⁴³

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.

⁴² *Ibid.*, p. 47.

⁴³ *Ibid.*, p. 47-48.

Também acabou rejeitado o Projeto de Lei n° 6.960, apresentado em 2/06/2002, pelo deputado Ricardo Fiuza, que previa a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 944 do Código de 2002, com a seguinte redação: “Art. 944, § 2°. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Ainda, argui-se que a quantia fixada a título de indenização punitiva atuaria como elemento de enriquecimento sem causa, como alertado por Giovanni Ettore Nanni, já que, “assim procedendo, estar-se-ia concedendo uma indenização superior ao dano efetivo, o que, em princípio, configuraria um enriquecimento sem causa”⁴⁴, concluindo que, “à luz dessas vertentes, apesar de consistir tema arenoso, não parece ser apropriada a adoção da linha oriunda da *common law* para aplicação de danos punitivos ou ditos *punitive damages* no Direito Brasileiro”.⁴⁵

Por outro lado, mesmo diante dos fortes argumentos acima alinhavados, é torrencial a doutrina nacional que enxerga na indenização por danos morais também um aspecto dos *punitive damages*, como se demonstra adiante.

Segundo Wilson Melo da Silva, o quantum indenizatório “apresentaria um aspecto iniludível de pena”.⁴⁶ Para Sérgio Cavalieri Filho:

A indenização 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 retribuição)⁴⁷.

Carlos Roberto Gonçalves chama atenção para que “a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor”.⁴⁸ Para Arnaldo Rizzardo, “domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato”.⁴⁹ Silvio de Salvo Venosa aponta que “a indenização

⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 354.

⁴⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 371.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 628.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 261.

por dano exclusivamente moral denota um cunho eminentemente punitivo e não indenizatório”.⁵⁰

Por fim, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler se posicionam favoráveis à indenização punitiva afirmando que os instrumentos colocados à disposição pelo sistema jurídico nacional, sobretudo a cláusula de indenizabilidade irrestrita da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X), são suficientes à fixação de quantia em favor da vítima desde que respeitadas algumas condições, como a prática de um ilícito pelo agente imbuído de dolo ou até mesmo culpa grosseira.⁵¹

Em arremate da questão, a função pedagógica da responsabilidade civil foi consolidada na Jornada nº. IV de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, resultando no enunciado nº 379: “O CC 944 caput não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

3.2 A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo

A decisão mais franca com relação ao caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil deu-se no caso de negativa de cobertura de um plano de saúde por parte da Amil Assistência Médica Internacional, no mês de julho de 2013. A 4ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, relatoria do Desembargador Teixeira Leite, fixou indenização por danos morais à segurada em R\$ 50.000,00, além de indenização punitiva de “cunho social” no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) destinados não à autora da ação, mas ao Hospital das Clínicas de São Paulo, pela reiteração no descumprimento contratual por parte da seguradora de saúde (Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564).

Ementa:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

3.3 A questão no Superior Tribunal de Justiça

No STJ não está autorizada a franca e aberta utilização da expressão *punitive damages*:

A aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente no art. 884 do Código Civil de 2002. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (Ag 850273/BA). (grifei)

Mas, note-se, apenas por uma questão de literalidade, porque o conteúdo dos julgados aponta sem nenhuma dúvida para que a indenização por danos morais também se reveste de um caráter punitivo ao ofensor:

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. 2. **Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação**, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. **Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida.** 4. Nesse contexto, o montante de **R\$ 13.000,00**, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. **Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores**, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para **R\$50.000,00, para cada um dos réus**, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial provido. (REsp 839923/MG; RECURSO ESPECIAL: 2006/0038486-2; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; T4; 15/05/2012). (grifei)

E essa posição, que confere também uma conotação de pena pecuniária à indenização por danos morais visando dissuadir a prática de atos da mesma espécie, não é tendência só na 4ª Turma do STJ como

acima visto, mas também na sua 3ª Turma, como se verifica da ementa do REsp 1.171.826/RS, relatoria da Eminente Ministra Nancy Andrighi:

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 2. **Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação.** Precedentes. 3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento. (grifei)

3.4 A questão no Supremo Tribunal Federal

Por derradeiro, cumpre citar a ementa de recente julgamento de relatoria do Eminente Ministro Decano Celso de Mello, na qual se alude, expressamente, aos *punitive damages* (AI 455846/RJ).

A r. decisão tratou de deixar isenta de dúvidas a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal acompanha expressamente o raciocínio que atribui “**dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“*exemplary or punitive damages*”) e (b) natureza compensatória ou reparatória**”.

4. Nosso posicionamento

Vê-se o Poder Judiciário, hoje, colocado na berlinda como última tábua de salvação dos direitos civis, sobretudo dos interesses dos simples consumidores contra enormes conglomerados econômicos, que, tendo como único norte o lucro, reiteram na lesão a direitos alheios.

Com efeito, estudos e mesmo a experiência forense apontam que empresas dos ramos bancário, telefônico, securitário, médico e até

prestadoras de serviços essenciais como água e energia elétrica, além de, é claro, o próprio Poder Público, tratam o consumidor como um “nada”!

Resultado disso é, como se viu, a prolação de julgados, cada vez mais comuns em primeira instância, devidamente confirmados em segundo grau, na instância especial (Superior Tribunal de Justiça) e na extraordinária (Supremo Tribunal Federal), impondo indenizações que, camuflando a roupagem de compensação por danos morais, em verdade, têm como intuito a imposição de uma pena civil ao agente ofensor.

E não há como negar a correção desta postura judicial, certo do fato de que nem sempre o direito criminal, sobretudo em tempos de adoção de sua noção como última *ratio*, pode fazer frente às aspirações da sociedade por uma proteção mais efetiva de seus direitos civis fundamentais.

Assim, a fixação de indenização punitiva é muito bem-vinda, e não há necessidade alguma de se promover qualquer mudança relativa à sua nomenclatura ou posicionamento no sistema de responsabilidade civil.

Em outras palavras, a utilização de critérios como grau de culpabilidade, dolo, reiteração da conduta lesiva, elevado potencial econômico do ofensor e extensão do prejuízo para a vítima são o bastante para se introduzir na própria indenização por danos morais o conteúdo punitivo ao agente.

O fato é que a importação de institutos jurídicos de outros países nem sempre se dá de forma natural, em virtude das peculiaridades de cada país, de forma que não há necessidade de se falar *punitive damages* no Brasil com essa mesma nomenclatura.

Basta que a indenização por danos morais com esse viés punitivo seja praticada com mais intensidade no dia a dia dos tribunais para que vá ganhando seus contornos definitivos com o tempo, de forma natural e à moda brasileira. Enfim, o tempo trará a consolidação das hipóteses de fixação de indenização punitiva no bojo da compensação por danos morais e o seu respectivo valor, naturalmente.

Bibliografia

ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law form the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

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

BRUDNER, Alan. *The unity of the common law – studies in hegelian jurisprudence*. Berkeley: University of California Press, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROVES, John R. (Ed.). *Extracontractual damages - torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983.

HUBER, Peter W. *Liability, the legal revolution and its consequences*. New York: Basic Books, 1988.

HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011.

LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009.

MADENN, M. Stuart. (Ed.). *Exploring tort law*. New York: Cambridge University Press, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso: 1 dez. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAYNE, John W. et al. *Punitive damages – how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006.

PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985.