



**PEDRO HENRIQUE ANDRADE SOUZA**

**O INSTITUTO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA  
APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA-DF**

**2015**



**PEDRO HENRIQUE ANDRADE SOUZA**

**O INSTITUTO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA  
APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**BRASÍLIA-DF**

**2015**

**PEDRO HENRIQUE ANDRADE SOUZA**

**O INSTITUTO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA  
APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília-DF, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho aos meus pais e à minha esposa Ana Elisa, por acreditarem em meu potencial e me incentivarem em todas minhas conquistas.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do instituto dos *punitive damages*, há muito tempo consolidado nos ordenamentos jurídicos anglo-saxões, em especial no sistema norte americano e no britânico, sendo que, em um segundo momento, busca verificar a sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, no campo da responsabilidade civil, consignando também suas limitações e distinções essenciais. Este tema tem grande voga na atualidade em razão da aproximação dos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, com a busca de meios jurídicos efetivos em coibição aos atos ilícitos praticados na esfera civil. Por fim, o trabalho propõe delimitar os pontos de interseção entre os institutos analisados evidenciando um breve panorama sobre os avanços no tema.

Palavras-chave: *Punitive damages*, Responsabilidade civil, *Common Law*, *Civil Law*. Teoria do Desestímulo do Dano, Responsabilidade Extrapatrimonial, Dano Moral.

## **ABSTRACT**

The present work aims an analysis the institute of punitive damages, that is a long time consolidated system in the in the Anglo-Saxons legal systems , especially in the North American and the British, in a matter that, in a second topic, seeks to examine the possibility of application to the Brazilian legal system, highlighting their limitations and their essential distinctions. This theme has great relevance today due to the approach of the legal systems of the civil law and the common law, seeking effective legal means to combat Illicit acts committed in the civil sphere. In the end, this work proposes to delimit the points of intersection between the institutions analyzed show a brief overview of the advances in the field.

Keywords: Punitive Damages, Liability, Common Law, Civil Law, Off-balance Sheet Liability.

## SÚMARIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 AS ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO JURÍDICO DOS PUNITIVE DAMAGES</b> .....	11
1.1 O contexto sociocultural de origem do instituto.....	11
1.2 Os <i>leading cases</i> que norteiam os <i>punitive damages</i> .....	13
<b>2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i></b> .....	19
2.1 Do Common Law.....	19
2.2. Do Civil Law.....	23
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	28
3.1 Os elementos da Responsabilidade Civil no direito brasileiro.....	30
3.1.1 Conduta.....	30
3.1.2 Dano.....	31
3.1.3 Nexo Causal.....	33
3.1.4 Culpa.....	34
<b>4 A APROXIMAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL E O INSTITUTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i></b> .....	37
4.1 Da Teoria do Valor do Desestímulo.....	38
4.2 A problemática da proibição ao enriquecimento sem causa.....	41
4.3 O conflito entre a responsabilidade civil objetiva e os <i>punitive damages</i> .....	43
4.4 O dano moral coletivo e as sanções administrativas .....	47
4.2 O veto à multa civil e as perspectivas legislativas.....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

A imagem da prática do direito, bem como o exercício da advocacia, estão, de modo intrínseco, ligados a ideia de pedidos de indenizações, sejam elas de cunho material, patrimonial, ou aquelas de origem extracontratual, imaterial. Assim, a análise minuciosa do instituto da responsabilidade civil se faz necessária para esclarecer as funções das referidas indenizações.

O estudo da responsabilidade civil se mistura com a própria origem dos estudos jurídicos, consignando que partiu de uma ideia primária de vingança pessoal para, já no direito romano, ser substituída pela composição a critério da vítima, mas subsistindo com o fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.<sup>1</sup>

Neste contexto, considerando que as indenizações deveriam abarcar não somente a reparação do dano, mas também possuir um caráter punitivo-pedagógico contra seu causador, surgiu no sistema jurídico anglo-saxão a figura dos *punitive damages*.

Os avanços dos estudos jurídicos na atualidade buscam aproximar institutos jurídicos de sistemas jurídicos distintos. Nesta corrente, o ordenamento jurídico brasileiro, pautado no *Civil Law*, tem aceitado gradativamente institutos jurídicos que são oriundos do sistema *Common Law*.

Ocorre que, como os referidos sistemas jurídicos têm fundações muito diversas, o simples intercâmbio de seus institutos encontram barreiras que não podem ser ignoradas.

Assim, para dar apoio a evolução de nosso estudo, frisa-se que a responsabilidade civil não é um instituto imutável, sendo que deve ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, os meios que busquem restabelecer o equilíbrio desfeito por conta do dano, e, para tanto, deve considerar as condições sociais vigentes em cada tempo.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> LIMA, Alvino, **Da culpa ao risco**. São Paulo, Revista dos tribunais, 1938, p.11.

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25



O avanço do pensamento dialético jurídico e da hermenêutica também são fundamentais para que possamos conciliar um nobre e complexo instituto anglo-saxão como os *punitives damages* à nossa realidade jurídica.

O tema escolhido abarca importante ceara de estudo em nosso meio jurídico, bem como se faz de grande interesse pela sociedade como um todo, tendo em vista a quantidade de notícias vinculadas referente a indenizações, em especial indenizações de cunho extrapatrimonial e de ressarcimento por danos morais, como manifestação da necessidade de se buscar meios mais eficazes de combate a ilícitos também na esfera civil.

Temos observado que com o avanço do modelo capitalista e a globalização, a quantidade de relações interpessoais cresce exponencialmente, dentre as quais podemos destacar o grande aumento do consumo, que gera, por consequência, violações recorrentes e severas aos consumidores.

A situação se torna caótica quando as grandes companhias, visando, *a priori*, apenas a maximização de seus lucros, desrespeitam direitos de seus consumidores e de terceiros, e, mesmo após serem responsabilizadas repetidamente, continuam a praticar os mesmos atos ilícitos.

Há de se convir que as punições aplicadas em nossos tribunais não parecem ser suficientes, uma vez que os ilícitos civis continuam a perpetuar, e parecem até mesmo crescer. Podemos evidenciar o desrespeito às leis consumeritas, o desrespeito a direitos básicos trabalhistas, além da diária violação da boa-fé objetiva, o que não se deve admitir, sendo que é este um dos pilares de nosso direito privado.

Logo, existe grande responsabilidade do Poder Judiciário para que punam de modo eficiente os grandes violadores de direitos, razão pela qual se propõe aqui o estudo aprofundado das funções e limites da indenização extrapatrimonial, com foco no instituto dos *punitive damages*, para, humildemente, propor possíveis alternativas ou enfoques na aplicação prática das condenações.

A análise crítica de julgados, suportado por bases doutrinarias, serão de importante valia neste estudo, eis que é de fundamental importância a conceituação

dos elementos subjetivos para definir e estipular funções e limite do dano extrapatrimonial, bem traçar um panorama de aplicação de institutos alheios ao nosso ordenamento, como aqui se pretende.

De início, o estudo da origem e evolução histórica do instituto dos *punitives damages* tem o objetivo de explorar as raízes sociais que deram sustento a sua criação e ajudar a criar um ambiente comum com a necessidade de sua aplicação também em nosso ordenamento.

Também é importante definir um paralelo entre os sistemas jurídicos do *Civil Law*, próprio de nosso ordenamento jurídico, com o sistema do *Common Law*, este utilizado no direito anglo-saxão, berço do instituto dos *punitives damages*, para que, assim, possamos também entender suas diferenças e seus limites intransponíveis.

Seguindo, a análise de como o nosso ordenamento jurídico tem-se estabelecido contemporaneamente e qual a ótica da responsabilidade civil no direito brasileiro também nos ajudam no entendimento das hipóteses apresentadas.

A ideia defendida por parte da doutrina e jurisprudência de uma responsabilização unicamente compensatória, amparada no velho conceito de que uma aplicação punitiva aos danos extrapatrimoniais seriam considerado *bis in eaden*<sup>3</sup>, ou seja, punição em duplicidade, parece não se atentar para a premente necessidade de prevenção aos ilícitos.

Assim, por fim, poderemos tecer uma rede teórica capaz de suportar o entendimento de que o instituto da responsabilidade civil deve evoluir, para buscar satisfazer seu propósito de modo cada vez mais enfático seu objetivo, qual seja, de reparar o dano, mas também de punir os autores da ofensa e prevenir que o mesmo se repita.

---

<sup>3</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 260.

## 1 AS ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO JURÍDICO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Antes de adentrarmos nos elementos de aproximação ou de limitação entre a responsabilidade civil no direito pátrio e o instituto de origem anglo-saxão dos *punitives damages*, a análise histórica deste último se faz de suma importância, eis que somente assim podemos vislumbrar o momento cultural e social que lhe deu subsídio para este nascer e evoluir.

Já dizia o venerado Gilberto Freyre que de nada adianta criarmos soluções jurídico-políticas para problemas nacionais se estas soluções não estiverem conectadas à nossa cultura, sendo que, caso isso ocorra, estamos criando uma espécie de progresso *in vacuo*<sup>4</sup>.

### 1.1 O contexto sociocultural de origem do instituto

Assim, passamos a um breve cotejo histórico do instituto dos *punitive damages*.

Muito embora as discussões sobre as funções compensatórias, denominados de *compensatory damages*, e punitivas dos danos extrapatrimoniais já tivessem sido travadas na Inglaterra desde o século XIII, a aceitação do primeiro firmou-se no decorrer do século XIX, tendo o segundo uma lenta evolução e grande confusão dogmática, surgindo inicialmente na figura do *exemplary damages*.

Em 1760, algumas cortes da Inglaterra começaram a explicar as grandes indenizações pecuniárias concedidas pelos júris como compensação pelos chamados “*mental suffering, wounded dignity e injured feelings*”. Esse adicional concedido era chamado de *exemplary damages*, e buscavam, além de compensar o dano intangível sofrido, também punir o opressor pela prática do ilícito.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> FREYRE, Gilberto, **Problemas Brasileiros de Antropologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; MEC, 1973.

<sup>5</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro)**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n.28. jan./mar. 2005. p. 19.

Temos que a história dos danos punitivos no séculos XIII e XIX são precipuamente ligados ao contexto de violações à honra, necessitando esta imediata compensação, e, ante a atitude repugnante do ofensor, uma indenização ainda superior, sendo estes os supracitados *exemplary damages*, sendo este um dano de caráter punitivo, em seu princípio incipiente confundido com a figura dos *punitive damages*.

Neste cenário, tendo a Inglaterra uma herança monárquica inexorável, que, por muitas vezes, fez com que sua sociedade vivesse momentos de autoritarismo e abusos por parte de servidores públicos, buscou-se meios de coibir estas práticas.<sup>6</sup>

Assim, em razão do contexto histórico de punir arbitrariedades dos servidores públicos, o doutro magistrado Lord Devlin, da *House of Lords*, prestou importante reflexão sobre o tema dos danos punitivos:

Quando um homem é mais poderoso que outro, é inevitável que tente usar sua força para alcançar seus objetivos; e, se esse poder for muito maior do que o do outro, é possível que este use de forma até mesmo opressora. Caso use seu poder de forma ilegal, então deverá obviamente responder pelas vias ordinárias; todavia, não deverá o cidadão ser punido apenas porque é mais poderoso que outro. No caso de membros do governo, há diferença, haja vista que os servidores do Estado são também os servidores do povo e o uso de seu poder sempre deverá ser subordinado a suas obrigações públicas.<sup>7</sup>

Contudo, há de se ressaltar que este posicionamento ainda não abarcou a extensão da punição a outros agentes senão aqueles dotados de funções públicas, sendo este um avanço que somente aparece posteriormente.

Pode-se inferir que, em um contexto social e cultural, a ideia formulada para evitar abusos de autoridade foi um dos pilares da responsabilidade civil extrapatrimonial na Inglaterra.

---

<sup>6</sup> HERRERA, Edgardo López. **Introducción a La responsabilidad civil**. Disponível em: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> Acesso em: 17/05/2015. p.36

<sup>7</sup> DEVLIN *apud* HARDER, Sirko. **Measuring Damages in the Law of Obligations: The Search for Harmonised Principles**, Londres: Hart. 2010, p. 295. Tradução Livre

Por sua vez, nos EUA, o que se notou foi um crescimento da corrente com foco econômico dos *punitive damages*, visando separar ainda mais a noção de dano moral, ou dano à honra, do dano punitivo, criando-se a figura do abuso de poder econômico.<sup>8</sup>

## 1.2 Os *leading cases* que norteiam os *punitive damages*

No âmbito do *Common Law*, que será analisado com afinco no capítulo seguinte, a orientação jurisprudencial tem grande valia.

Neste sentido, existem os chamados *leading cases*, sendo estas decisões que tenham constituído regra importante, em torno da qual outras gravitam, que cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros<sup>9</sup>.

Em um primeiro momento, destacamos que os *punitive damages* visavam punir e coibir ilícitos praticados por autoridades, que é um elemento intrínseco de investido ao servidor público, sendo amparado esta força punitiva pelo fato de que ao invés de cometer ilícito, este agente deveria agir de modo oposta, qual seja, de representar os interesses dos cidadãos.

Ultrapassada esta primeira fase de aplicação do instituto da indenização em seu caráter punitivo, surge o seu segundo viés, qual seja, a punição aplicada pelas condutas denominadas pelo direito francês de *faute lucrative*, que significa aquela conduta danosa em que o réu tenha um benefício maior do que eventual indenização a ser paga pelo autor em uma condenação estritamente compensatória.<sup>10</sup>

Não obstante o seu surgimento tenha ocorrido no século XIX, foi somente no ano de 1964, no caso *Rookie vs. Barnard* que a imputação, até então casuística e pouco delimitada, dos *punitive damages* ganhou contornos mais expressivos, determinando três categorias distintas, assim previstas:

---

<sup>8</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão cultural dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, Ano 12, n. 45. 2011. p. 189.

<sup>9</sup> GUIDO, Fernando Silva Soares. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.40.

<sup>10</sup> LEVY, Daniel de Andrade. , *op. cit.*, p. 175.

(a) atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais oriundos de servidores públicos; (b) condutas que, embora lesivas, sejam economicamente vantajosas para o réu de um ponto de vista econômico, considerando eventual indenização a ser paga em termos puramente compensatórios; e (c) nos casos expressos em lei.<sup>11</sup>

Neste ponto muito embora os precedentes trazidos neste julgado tenham origens no século XIX, a discussão econômica do direito é cada vez mais atual, sendo este também uma forte corrente de estudo no ordenamento norte americano, que aprofundou o instituto dos *punitives damages*, e a voga atual em nosso ordenamento.

Contudo, o temor do meio empresarial quanto à aplicação indiscriminada dos *punitive damages* neste contexto fez com que a jurisprudência inglesa buscasse balizar o instituto, de modo a criar requisitos para sua aplicação.

Assim, no caso *Broome vs. Cassel & Co.*, de 1972, também da corte suprema britânica, são balizados os almejados requisitos, quais sejam, a prova do conhecimento, pelo réu, de que sua conduta é contrária à lei, bem como uma decisão de prosseguir na lesão na perspectiva de que a vantagem material a ser obtida perpassa a previsão das perdas materiais derivadas da eventual indenização.<sup>12</sup>

Contudo, o caso mais emblemático, tido como um marco no instituto dos *punitives damages*, veio do direito norte americano, no ano de 1972, no julgamento do caso *Grimshaw vs. Ford Motor Co.*

Em maio 1972, Lily Gray acompanhada de Richard Grimshaw dirigia seu automóvel Ford Pinto, quando outro veículo colidiu em sua traseira. O impacto

---

<sup>11</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Op. Cit.** p. 185.

<sup>12</sup> Idem. p. 187

provocou um incêndio imediato no carro Ford, ocasionando a morte de Lily Gray, além de sérios ferimentos em Richard Grimshaw.<sup>13</sup>

Denota-se que poucos anos antes, em 1968, diante de uma grande perda de competitividade para as suas concorrentes, a *Ford Motor Co.* havia lançado o automóvel Ford Pinto, planejado no tempo recorde de apenas 25 meses, 46 meses a menos do que o prazo comum.

Em seu conceito, o então presidente da companhia disse que este seria o “carro 2000”, por pesar menos que 2000 libras e custar menos de 2000 dólares. Assim, buscando aumentar o espaço interno do veículo, os seus construtores reposicionaram o tanque de gasolina da parte superior do eixo das rodas para logo atrás deste.<sup>14</sup>

Contudo, tal alteração fez com que o carro tivesse grande risco de incêndio em colisões acima de 20 MPH (milhas por hora), sendo que a legislação americana que regulava a matéria estipulava o limite mínimo para estes casos em 30 MPH.

Não obstante o custo da correção do problema fosse de apenas 11 dólares por automóvel, a *Ford Motors Co.*, ignorou o risco fatal de seu produto e decidiu por não realizar o *recall* dos automóveis, levando em consideração um fator meramente econômico, conforme exposto:

Para a confecção do cálculo de custo benefício do *recall* os executivos estimaram que por ano haveriam 180 (cento e oitenta) acidentes capazes de levar a óbito e mais 180 (cento e oitenta) acidente capazes de produzir severas queimaduras. Continuando a dar subsídios para o cálculo, estipulou-se que para cada acidente fatal o valor da indenização seria no aporte de 200 (duzentos) mil dólares e 67 (sessenta e sete) mil dólares em caso de queimaduras. De posse destes dados obtiveram a conclusão que o pagamento de todas essas indenizações daria um total de US\$ 49.500.000,00 (quarenta e nove milhões e quinhentos mil dólares), enquanto o custo de trocar e sanar os defeitos de todos os carros vendidos chegaria ao enorme valor de

---

<sup>13</sup> RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages**, Disponível em: [http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf) Acesso em: 07/06/2015

<sup>14</sup> idem.

US\$ 137.500.000,00 (cento e trinta e sete milhões e quinhentos mil dólares).<sup>15</sup>

Estes dados foram apresentados como prova contra a empresa no caso *Grimshaw vs. Ford Motors Co.*, ficando comprovado de que esta não apenas sabia dos vícios de seu produto, como fez os cálculos de custo benefício colocando na mesma balança ferimentos, óbitos e dólares.

Assim, ante a grave falta cometida pela empresa, a corte da Califórnia, em decisão de seu júri, definiu indenizações no valor de US\$ 2.500.000,00 (dois milhões e meio de dólares) a título de *compensatory damages* a favor do Sr. Grimshaw, e no valor de US\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de *punitive damages*.

Contudo, a *Ford Company Co.* recorreu para a suprema corte americana (*Court of Appeal*), visando minorar o valor da indenização fixada a título de *punitive damages*, tendo sucesso em reduzir esta para o patamar de US\$ 3.500.000,00 (três milhões e meio de dólares).

Aqui, frisamos que as instâncias superiores podem tão somente flexibilizar o *quantum* das indenizações, tanto para menor quanto para maior, ou então remeter o processo para novo julgamento, sendo que cabe exclusivamente aos jurados a determinação ocorrência ou não do dano e do dever de indenizar, sendo este um ponto muito diverso entre o sistema norte americano e o nosso ordenamento processual.

Ante o relato, o que evidenciamos é que a empresa se enquadrava na categoria anteriormente citada da *faute lucrative*, situação na qual deixar acontecer a conduta danosa teria custo benefício maior do que sua prevenção ou remediação, bem se mostraram presentes os requisitos necessários a fixação dos *punitive damages*, qual seja, do conhecimento prévio do fato danoso, seguida da decisão de se manter inerte frente à questão, diante de vantagens meramente econômicas.

---

<sup>15</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 43.



Outro exemplo notório de *leading case* é julgamento do caso *Texaco vs. Pennzoil*, ocorrido na década de 80 (1984), tendo ganhado importante relevância no cenário dos danos punitivos eis que representou uma das maiores indenizações já impostas pelas Cortes Americanas, no total de 7,53 bilhões de dólares pelos danos efetivos (*compensatory damages*) e mais 3 bilhões de dólares pelos danos punitivos (*punitive damages*).<sup>16</sup>

No caso em apreço, a Pennzoil negociava a aquisição de ações de outra empresa chamada Getty Oil, tendo sido lavrado inclusive um memorando, denominado “memorando de entendimentos”.

Tal negociação foi feita nos moldes legais e respeitando as regulamentações da bolsa de valores, inclusive com o anúncio público do acordo havido entre as partes. Contudo, a Texaco, principal concorrente da Pennzoil, de modo secreto e contra as normas regulamentadoras do setor, passou a negociar as mesmas ações com a Getty Oil.

No acordo secreto feito entre a Texaco e a Getty Oil, a primeira pagaria um valor maior do que a Getty Oil pelas ações, como um modo de “compensar” a quebra do acordo anteriormente existente. Assim, a Pennzoil impetrou na justiça uma ação denominada “*tort of induction into breach of contract*” (fraude com o intento quebra de contrato), para haver indenização pelos prejuízos que lhe foram causados.

Assim, os tribunais americanos entenderam que a Texaco praticou interferência ilícita, e condenou a mesma nos valores supracitados, asseverando que tal prática deve ser execrada eis que pode comprometer toda a credibilidade e transparência do sistema da bolsa de valores.

Por fim, como exemplo final, destacamos o caso da *Honda Motors Corp. vs. Karl Oberg*, datado do ano de 1994, sendo este caso onde pela primeira vez a Suprema Corte Americana anulou uma decisão estadual.<sup>17</sup>

---

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

<sup>17</sup> Idem. p.20.

Neste precedente, a Suprema Corte entendeu que houve uma violação a Emenda 14 da Constituição Norte-Americana, que trata do devido processo legal e do direito a propriedade.

No caso, a Corte Estadual do Oregon havia fixado uma condenação à empresa *Honda Motors Corp.* por danos causados ao Requerente, no importe de 1 milhão de dólares a título danos efetivos (*compensatory*), tendo como danos punitivos cinco vezes este valor.

A questão que levou a reversão não foi o valor das condenações, mas sim que o sistema da fixação dos *punitive damages* no Estado do Oregon violava o devido processo legal pois proibia aos juízes a redução dos veredictos emanados pelos jurados.

Esta proibição apresentava temerária perspectiva, eis que a própria Suprema Corte salientou que os danos punitivos são “uma forma perigosa de castigo” e seu controle é imperioso, para que se evitem abusos e excessos.

Logo, há de se verificar que a doutrina e a aplicação dos *punitive damages* no direito anglo-saxão, em especial o norte americano, não está ligado à ideia de generalidade, muito pelo contrário, sua apresentação ocorre caso a caso, sendo avaliados critérios muito específicos e pontuais.<sup>18</sup>

Não há que se pensar em punir deste modo no caso de indenizações por responsabilidade objetiva, eis que este regime desconsidera qualquer apreciação de elementos subjetivos de culpa.

---

<sup>18</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 653.

## 2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

Passada a análise dos elementos que embasam o instituto jurídico anglo-saxão dos *punitive damages*, devemos estabelecer certos parâmetros de distinção entre os sistemas jurídicos adotados nos países que lhe dão origem, qual seja, o *common law*, e aquele adotado pelo nosso ordenamento, sendo este o *civil law*.

O estudo dos diferentes sistemas jurídicos busca dar maior perspectiva para a análise da possibilidade de aproximação entre seus institutos, especialmente na tentativa de enquadramento dentro da seara da responsabilidade civil como posto em nosso ordenamento.

### 2.1 Do *Common Law*

A princípio, temos o *Common Law* como um o sistema jurídico desenvolvido em diversos países, contudo, de modo acentuado naqueles de origem anglo-saxônica, sendo o sistema pelo qual as decisões de seus tribunais e tendências culturais (tradições e culturas), influenciavam de modo terminativo o direito.<sup>19</sup>

No *Common Law* não se espera que um ato normativo emanado do poder legislativo regule as relações jurídicas, de modo que, mesmo que haja leis, mais importante são os precedentes criados pelos julgamentos, geralmente embasados em costume.

Originário principalmente da Inglaterra, este sistema jurídico teve formação considerando os diferentes costumes locais e seccionados em razão da existência de diferentes tribos na ilha, os anglos, saxões e dinamarqueses, ou seja, costumes e características eram fracionados, também deviam ser o direito.

Não obstante, passado o tempo, com a necessidade da unificação de um entendimento comum entre os supracitados costumes, temos a consolidação do *common law*, neste sentido infere RENÉ DAVID:

*A comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe.

---

<sup>19</sup> DAVID, RENÉ. **Os Grande Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 284.

(...) A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.<sup>20</sup>

Assim, a justiça era uma prerrogativa de iniciativa real, ou seja, os reis outorgaram tais poderes aos juízes, denominados *judges*, que julgavam por representação<sup>21</sup>. Os juízes emanavam *writ* para cada situação posta, sendo este o remédio adequado e precedente a ser utilizado nos futuros casos.

Deste modo, neste sistema o direito é criado e aperfeiçoado pelos julgadores e pelos tribunais colegiados, considerando sempre decisões sobre casos anteriores e análogos, sendo que, inexistindo precedentes, o juiz terá o grande poder de estabelecer o precedente, criando, em última instância, a interpretação sobre o direito, fazendo dele a fonte primária para os demais julgamentos.

Contudo, não devemos assumir equivocadamente que as decisões baseadas em costumes sejam aplicadas de modo geral, irrestrito, uma vez que a análise minuciosa dos fatos é imperiosa para que se aplique ou não um precedente, sendo o precedente apenas um ponto de partida para o entendimento, conforme citação de Edward Re, professor da Universidade de Nova Iorque, no seguinte sentido:

É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um principium, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do common law afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ibidem. p. 286.

<sup>21</sup> GUIDO, Fernandes Silva Soares. Op. Cit. p. 26.

<sup>22</sup> RE, Edward D. apud CARPENA, Márcio Louzada, **Os poderes do juiz no Common Law**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 8.

Logo, verificamos que a fonte primária do common law se caracteriza pelos precedentes aplicados aos fatos, razão pela qual a origem histórica dos institutos dos *punitive damages*, cumuladas com os *leading cases*, objeto de estudo do tópico anterior, se faz imperiosa para sua compreensão.

Neste diapasão, considerando que nem todas as peculiaridades que podem existir no caso concreto seriam abarcadas somente pelos precedentes, e que, portanto, o sistema do *common law* estaria sujeito a diversas lacunas, foi necessária a criação do sistema denominado *Equity Law*, também conhecido como “fora da lei”, baseado na consciência<sup>23</sup> e no bom senso.

Logo, com pauta na justiça, e na ótica dos operadores do Civil Law, podemos compreender o *Equity Law* como um elemento que adota o poder geral de cautela e a estrita aplicação do devido processo legal na obtenção do “resultado justo”. A sua aplicação também fora definida de modo unificado pelo Tribunal de Westminster.

Há de se asseverar que o *Equity* buscou justamente dar flexibilidade aos ditames dos precedentes do *Common Law*, eis que o direito deve se amoldar a seu tempo e suas condições culturais para que haja de fato justiça.

Neste sentido, leciona o Insigne Silvio Venosa<sup>24</sup>:

A Equity não pode ser traduzida por equidade, pura e simplesmente. São normas que se superpõem ao Common Law. A Equity origina-se de um pedido das partes da intervenção do rei em uma contenda que decidia de acordo com os imperativos de sua consciência. Tem por escopo suprimir as lacunas e complementar o Common Law. As normas da Equity foram obras elaboradas pelos Tribunais de Chancelaria. O chanceler, elemento da coroa, examinava os casos que lhe eram submetidos, com um sistema de provas completamente diferente do Common Law. O procedimento aí é escrito, inquisitório, inspirado no procedimento canônico.

Além da *Common Law* e da *Equity*, explica Venosa que existem também na Inglaterra, e em crescente quantidade, leis (*statues*), no sentido em que tal palavra é familiar dentro do sistema romano germânico. Contudo, este *statue law*, qual seja o

---

<sup>23</sup> GUIDO, Fernando Silva Soares. op.cit. p. 42.

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

direito contido nas leis, é, num primeiro momento, um direito excepcional a aplicar restritivamente, servindo apenas para modificar pontos concretos do direito tradicional.

Muito embora a fonte primária do *Common Law* seja de fato os precedentes e decisões pretéritas ao caso *sob judice*, também existem as leis, chamados de *statues*, sendo este elemento intrínseco do direito romano (*civil law*). Atualmente, há uma crescente tendência da criação das mesmas, porém, estas ainda são tomadas em caso de excepcionalidade, principalmente para modificar pontos concretos do direito tradicional.<sup>25</sup>

Também devemos destacar a doutrina do *stare decisis*, sendo este a expressão máxima da utilização dos precedentes, neste caso pelas cortes superiores, como fonte primária do direito.

Não podemos deixar de citar a precisão em que tal instituto foi explicitado por José Anchieta da Silva:

Interpretação literal do que estaria a compreender tal expressão seria '*stare decisis et quieta non movere*' ou mantenha-se a decisão e não se pertube o que foi decidido. Sobre o *stare decisis* se assenta um dos pilares de todo o sistema judiciário, por exemplo, dos Estados Unidos da América do Norte, porque para todo o direito anglo-americano, as decisões judiciais e, principalmente as decisões judiciais dos tribunais superiores forma, por assim dizer, uma forragem por sobre a qual caminham todos os demais julgadores. (os destaques constam do original).<sup>26</sup>

Assim, denota-se que o estudo no capítulo anterior dos *leading cases* no direito anglo-saxão são de suma importância, considerando que o instituto dos *punitive damages* é fruto de sistemas do *Common Law* e tem forte vínculo com os julgados que reforçam sua aplicação.

---

<sup>25</sup> CONCATTO, Felipe. **Sistemas jurídicos: uma perspectiva histórica** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25521/sistemasjuridicosumaperspectivahistorica>. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Acesso em 14/05/2015.

<sup>26</sup> SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

## 2.2. Do Civil Law

O *Civil Law* tem como base fundamental o trabalho de codificação das normas e tem como base remota ao estado romano, razão pela qual é também chamado de sistema romano-germânico.

Neste diapasão, a origem histórica remete a criação de um código (*codex*) que reuniu as normas jurídicas romanas, denominado *Corpus Iuris Civilis*, sendo referido como o elemento essencial do Direito Privado Romano.<sup>27</sup>

Sobre a soberania da lei, nos ensinam Antoine Garapon e Ioannis Papapoulos:

Nos sistemas de direito romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em um conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, uma guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora. Aliás, somente a lei constitui o direito, do qual os juízes são apenas os porta-vozes.<sup>28</sup>

Assim, temos que o elemento essencial para a aplicação do direito é justamente a lei, sendo este o sistema adotado pelo Brasil. Corrobora-se para esta ideia que a positivação das normas é a melhor maneira de coibir abusos.

Neste sentido, sustenta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir a certeza nas relações sociais através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixa a felicidade ou busca pela felicidade nas mãos de cada indivíduo [...]

---

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada**. Trad. De Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

O Direito é uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo.<sup>29</sup>

Para reforçar os aspectos positivos da positivação do direito, o saudoso jurista italiano Chiovenda<sup>30</sup> reforça que a formalização de processos e procedimentos é a forma pela qual os indivíduos possam ter seus direitos fundamentais protegidos de eventuais arbitrariedades dos magistrados, neste contexto é a lei a forma de conter o Poder Judiciário.

Logo, percebe-se que há uma diferença entre a criação de institutos jurídicos nos sistemas do *Civil Law* e *Common Law*, de modo que, no Brasil, aguardamos que o processo legislativo venha dizer como devemos agir, sendo que nos países seguidores do *Common Law*, por muitas vezes o direito é construído a partir do caso concreto e não necessariamente da existência prévia de lei.

Porém, consignada a posição dominante da lei na aplicação do direito, surge dúvida quanto à função do juiz no sistema do *Civil Law*, e até onde pode ir sua interpretação do texto positivado.

Assim, em contraposição a ideia utópica de que o direito positivado poderia resguardar todas as possibilidades apontadas no caso concreto, direito material, surgem ideias que levam a flexibilização do *Civil Law* puro.

Ressaltamos as palavras do brilhante jurista Canotilho que denotou que as decisões do Tribunal Constitucional Português possuem força equivalente a normativa no sentido de que possuem: “a) vinculação geral, ao submeterem o legislador, que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais ou neutralizar a decisão através de convalidação retroativa; b) força de lei, porque tais deliberações,

---

<sup>29</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

<sup>30</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.



*em face do valor normativo que ostentam, espriam seus efeitos perante as pessoas físicas e coletivas privadas.*<sup>31</sup>

Com foco em nosso direito pátrio, com o paradigma do Estado Democrático de Direito, e o avanço do Neoconstitucionalismo<sup>32</sup>, podemos ressaltar a possibilidade do controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis como um dos pontos fortes da mudança da figura do magistrado, passando este a ser também protagonista na orientação do direito, conforme foi ampliada substancialmente a possibilidade de sua interpretação da lei.

Também merece destaque a recente criação das súmulas vinculantes, sendo este instituto jurídico acrescido pela Emenda Constitucional nº. 45, a qual foi promulgada no dia 08 de Dezembro de 2004, instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal impõe força indelével aos seus julgados, inclusive vinculando órgãos da administração pública direta e indireta, conforme exposto no art. 103-A de nossa Carta Magna.<sup>33</sup>

Há de se notar, portanto, incrível aproximação entre o nosso sistema jurídico, baseado precipuamente no Civil Law, com institutos de origem do sistema do *Common Law*.

Consignando que o direito não pode ser imutável, e deve se adapta as condições sociais do tempo em que analisado, o Insigne Ministro do Supremo

---

<sup>31</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

<sup>32</sup> O movimento do Neoconstitucionalismo tem como fundamento a ideia de que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob a ótica primordial de valoração aos direitos humanos. Sob esta ótica expõe de forma brilhante Ministro do Superior Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que “*Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior.*”

<sup>33</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Tribunal Federal, Gilmar Mendes, respondeu a pergunta sobre possível cristalização do direito com as sumulas vinculantes, antes mesmo de sua criação, *ex positis*:

Essa é uma das impugnações existentes contra o efeito vinculante. Mas, a rigor, o sistema mais adaptado que se conhece, e mais suscetível de revisão, é também o que pratica o efeito vinculante, que é o modelo americano com a fórmula do *stare decisis*. Há um momento em que se diz que é preciso fazer a revisão, e, a partir daí, os próprios juízes começam a insurgir e a questão chega por outra via à Suprema Corte. Vê-se, pois, que o sistema do *common law* contempla a ideia do efeito vinculante e a ideia de revisão pela fórmula do *stare decisis*. Também entre nós teríamos que estar abertos a essa mudança.(...) <sup>34</sup>

Por fim, para reforçar a aproximação entre ambos os sistemas jurídicos, denotamos que também o *Common Law* se aproxima do Civil Law, quando, em certos momentos, leis são feitas para opor entendimentos dos precedentes judiciais, conforme narra Charles D. Cole:

[...] que um precedente na cultura jurídica dos Estados Unidos não está cravado em pedras. A lei básica pode ser mudada em relação ao precedente pelo legislador, o passar do tempo e a evolução cultural podem tornar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode mudar sua filosofia jurídica, de modo que o precedente anterior. <sup>35</sup>

Logo, observa-se que ambos os institutos visam, de modos distintos, o mesmo fim, qual seja, afastar qualquer sinal de insegurança jurídica, sendo este objetivo inclusive expresso no do art. 103-A, em seu § 1º, sendo imperiosa sua transcrição, *in litteris*:

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) <sup>36</sup>

<sup>34</sup> Entrevista Ministro Gilmar Mendes concedida a Revista do Tribunal Regional Federal, n. 8. Ano 14, Agosto, 2002.

<sup>35</sup> COLE, Charles D. **Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do Common Law.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, p. 11-12, jun. 1998.

<sup>36</sup> BRASIL, **Constituição Federal**, 1988, Art. 103-A, § 1º.

Pelo exposto, analisado o sistema jurídico do *Common Law* berço do instituto dos *punitive damages*, podemos agora guiar nosso estudo para a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, com fundação sólida no *Civil Law*, porém com ascendência para mutações provocadas não só pela lei, mas também por precedentes judiciais.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da responsabilidade civil ganha importância nos tempos atuais por se tratar de um tema que procura restaurar o equilíbrio moral e patrimonial desfeito. Em princípio, todo ato que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar, entretanto, nem sempre qualquer atividade que acarrete em prejuízo gerará dever de indenizar; são as chamadas excludentes da responsabilidade.

Sob a noção de que o termo *responsabilidade civil* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso, nota-se, assim, que qualquer atividade do homem pode acarretar o dever de indenizar. Bem diz Maria Helena Diniz<sup>37</sup> que a “responsabilidade civil cinge-se à reparação do dano causado a outrem, desfazendo, tanto quanto possível, seus efeitos, e restituindo o prejudicado ao estado anterior”.

Nesse sentido, conceitua Maria Helena, ainda, a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.<sup>38</sup>

Da análise desse trecho supracitado, portanto, infere-se que a responsabilidade civil pressupõe um problema individual de repercussão moral e patrimonial.

Em primeira análise, a nossa Carta Magna trás e forma específica o direito a indenização decorrente de violações a direitos, sendo tal preceito cravado no seu art. 5º<sup>39</sup>, no rol dos direitos e garantias fundamentais, e, pela doutrina neoconstitucional, núcleo principal da interpretação do ordenamento jurídico.

---

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v.7 - ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 33.

<sup>39</sup> BRASIL, **Constituição Federal**, 1988, Art. 5º, (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)X - são

A responsabilidade civil pode ser classificada, quanto ao seu fato gerador, em responsabilidade contratual ou extracontratual; quanto ao seu fundamento, em responsabilidade subjetiva ou objetiva. Essas são as principais espécies de responsabilidade civil abordadas pelos doutrinadores de direito.<sup>40</sup>

Por responsabilidade contratual, consigna-se que a responsabilidade decorre de dano em decorrência da celebração ou da execução de um contrato. Em outras palavras, é oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, que resulta de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento da obrigação firmada.

Por outro lado, quando a responsabilidade não decorre de negócio jurídico, fala-se em responsabilidade extracontratual. A responsabilidade é extracontratual se decorrer da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, sem que haja vínculo obrigacional ou contratual anterior entre as partes.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves<sup>41</sup> aduz o seguinte:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Por responsabilidade objetiva, entende-se que se trata de responsabilidade sem culpa, ao passo que, na responsabilidade subjetiva, a culpa se faz presente.<sup>42</sup> De forma interessante, o código civil de 2002 ajustou-se à evolução da responsabilidade e inovou ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927<sup>43</sup>:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

---

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>40</sup> Idem

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. Op cit. p. 101

<sup>43</sup> BRASIL, Código Civil, 2002, Art. 927.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mesmo com essa inovação, nota-se, por seguinte, que não houve abandono por completo da responsabilidade subjetiva. O atual código civil brasileiro, no entanto, em seu artigo 186<sup>44</sup>, manteve a responsabilidade subjetiva: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Embora a culpa não tenha sido afastada, há quem afirme que tal evolução privilegiou a responsabilidade civil objetiva, face a subjetiva. Assim, para alguns autores, como o Insigne Doutrinador Sérgio Cavalieri Filho <sup>45</sup>, surge a responsabilidade subjetiva sempre que não existir previsão expressa consagrando a responsabilidade objetiva.

No entanto, na visão da maioria dos autores, o ordenamento civil compatibilizou ambos os sistemas, tendo conferido, contudo, prevalência à responsabilidade subjetiva que à objetiva, conforme afirmam:

O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano<sup>46</sup>.

Dado o exposto, para compreender melhor a responsabilidade civil, faz-se necessário entender os elementos que a norteiam, tais como conduta, dano, nexo causal e eventualmente culpa, a depender de qual responsabilidade se trata, se objetiva ou subjetiva.

### **3.1 Os elementos da Responsabilidade Civil no direito brasileiro**

#### **3.1.1 Conduta**

---

<sup>44</sup> BRASIL, Código Civil, 2002, Art. 186.

<sup>45</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22-24

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 50

Inicialmente, o elemento primário de todo ato ilícito - que são aqueles atos que emanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento jurídico<sup>47</sup> -, e por consequência da responsabilidade civil é a conduta humana. Entende-se por conduta o ato voluntário humano, omissivo ou comissivo, ilícito ou não, capaz de produzir consequências jurídicas.

Nessa linha, afirma Maria Helena Diniz<sup>48</sup> que conduta é:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Portanto, no campo da responsabilidade, o ato de vontade deve estar revestido de ilicitude, de proibição, sendo o ato ilícito um comportamento que transgredir um dever, o que faz surgir para o sujeito transgressor o dever de indenizar.

Deve-se ter em mente, contudo, que na responsabilidade subjetiva, a análise se faz sobre o ato ilícito. A indenização se baseará na análise da transgressão do dever de conduta que constitui o ato ilícito. Na responsabilidade objetiva, por sua vez, o ato ilícito se encontra incompleto, vez que a culpa não se faz presente. Nesse caso, a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco, conforme observamos de forma nítida nos preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

### **3.1.2 Dano**

Trata-se, em síntese, do prejuízo sofrido pelo agente. O dano pode ser individual ou coletivo, moral ou material, econômico ou não econômico. Porém, mais do que saber sua natureza, faz-se mister saber que somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não há do que se falar em indenização.

---

<sup>47</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Responsabilidade Civil)**, v.4 – 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2005. p.31.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 43.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>49</sup>, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Porém, para caracterizar o dano, certos requisitos devem ser tomados. Em primeiro lugar, é preciso que haja violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.

Por dano patrimonial (ou material), entende-se que é aquele que causa destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. Nesse sentido, aduz Silvio de Salvo Venosa<sup>50</sup> que “dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”. Por outro lado, dano extrapatrimonial (ou moral) é aquele que está afeto a um bem que não tem caráter econômico, não é mensurável, nem pode retornar ao seu estado anterior. É o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.

O dano patrimonial pode ser dividido em dano emergente e lucros cessantes.

Na explicação do festejado jurista VENOSA<sup>51</sup>:

O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo, se a perda for total”.

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano”.

Portanto, dano emergente é aquele em que a vítima evidentemente sofreu prejuízo em razão da lesão e o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima não ganhou em decorrência do dano, consubstanciam os dois tipos em danos materiais.

---

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. . p. 43.

<sup>51</sup> Idem



O dano extrapatrimonial, por ter sua atuação dentro dos direitos da personalidade, em muitos casos é difícil de ser ponderável, daí o porquê da dificuldade de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Sendo assim, a reparação do dano moral deve guiar-se de acordo com a índole dos sofrimentos ou mal-estar de quem os padece, não estando sujeitos a fórmulas pré-determinadas ou cálculos matemáticos.

### **3.1.3 Nexo Causal**

Conceitua-se nexos causal como a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Nota-se, contudo, que, para caracterizar a responsabilidade, não basta apenas que a pessoa tenha praticado uma conduta ilícita, ou que a vítima tenha sofrido um dano. É necessário que exista uma relação da causa e efeito entre a conduta ilícita e o dano sofrido pela vítima. E da análise da relação causal, tem-se quem foi o causador do dano.

Embora a teoria simplória, nem sempre, na prática, é possível identificar a relação de causa e efeito. Daí, duas questões surgem como dificuldade em provar o nexos causal: primeiro, o problema de identificar o fato que constitui a verdadeira causa do dano; segundo, a falta de condições, às vezes, de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente.<sup>52</sup>

Para tentar explicar o nexos de causalidade, diversas teorias surgiram, dentre elas, três mais importantes, a saber: causalidade adequada; teoria dos danos diretos e imediatos e a teoria da equivalência dos antecedentes.

A teoria da equivalência dos antecedentes é aquela admitida pelo Código Penal Brasileiro, pela qual não se distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo que concorrer para produção do dano deve ser apontado como nexos causal.

Por outro lado, a teoria da causalidade adequada diz que haverá nexos causal quando, pela ordem natural das coisas, a conduta do agente poderia

---

<sup>52</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.24-25

adequadamente produzir o nexo causal<sup>53</sup>. Em outras palavras, quando várias condições concorrem para a produção de um mesmo resultado, a causa será a condição mais determinante para a produção do efeito danoso, desconsiderando-se as outras.

Já a teoria dos danos diretos e imediatos leciona que a causa pode ser classificada como apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determina esse último como uma consequência sua direta e imediata.

Ainda que essas teorias sejam importantes, existe certa divergência doutrinária sobre qual teoria o Código Civil adota. Como resposta, Carlos Roberto Gonçalves<sup>54</sup> afirma que:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

Por fim, conclui Rui Stoco<sup>55</sup> sobre essa divergência:

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

### 3.1.4 Culpa

Segundo a doutrina, a culpa é um instituto difícil de ser conceituado, mas não impossível de ser compreendido nas relações sociais e no caso concreto. Em sentido amplo (*lato sensu*), a culpa abrange tanto o dolo – conduta intencional em direção ao resultado antijurídico, assumindo o risco de produzi-lo - quanto os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em

---

<sup>53</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

<sup>54</sup> GONÇALVES, Op. Cit. p.524.

<sup>55</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

sentido estrito (*stricto sensu*). Cabe notar, aqui, o conceito dado por Rui Stoco<sup>56</sup> à culpa:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).

Embora essa diferença entre dolo e culpa tenha repercutido por muito tempo, desde o Código francês, passando por outros diplomas, modernamente, essa distinção já não possui tanta importância no campo da responsabilidade, já que a finalidade é indenizar a vítima e não punir o agente culpado. Mede-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente.

Nesse sentido, aduz Venosa<sup>57</sup> que “para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o Código apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único). A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo”.

Como apresentado acima, a indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo, entretanto, o legislador trouxe inovação neste quesito no Código Civil de 2002, ao afirmar no parágrafo único do art. 944 que: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Quis ele com esse parágrafo único afirmar que o juiz pode graduar a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa. Portanto, nesse aspecto, a medida do prejuízo pode deixar de ser o valor da indenização, mas nota-se que essa não é a regra geral.

Sendo assim, para efeitos da indenização, basta à responsabilidade civil subjetiva saber se o sujeito, no momento da conduta, causou prejuízo intencional a outrem ou o causou por agir de forma negligente, imprudente ou sem perícia.

---

<sup>56</sup> Idem. p. 133

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 33.

E caberá ao juiz, então, em ocorrendo um dano, a tarefa de ponderar se a atribuição da responsabilidade levará à reparação do dano, bem como estimulará a prevenção do ilícito.

#### 4 A APROXIMAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL E O INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Muito embora o conceito de responsabilidade civil no ordenamento pátrio tenha se fundado na ideia essencial de reparação do dano causado, com o retorno das partes ao “*status quo ante*”, onde basta averiguar o diferencial estabelecido entre o patrimônio atual da vítima após o dano sofrido e o patrimônio que teria, caso o dano não tivesse ocorrido, posteriormente fixando a indenização<sup>58</sup>, por muitas vezes tal reversão se mostra inviável.

Neste sentido, o dano moral, decorrente da responsabilidade extrapatrimonial é o principal exemplo em que a fixação de uma indenização pecuniária não restabelecerá a situação pretérita ao dano. Assim, um dos grandes debates da doutrina e jurisprudência pátria tem sido na ausência de critérios para fixação nestes casos, vigorando um sistema aberto de quantificação.<sup>59</sup>

Como observamos nos capítulos iniciais, o instituto anglo-saxão dos *punitive damages* vem carregado de um objetivo de punição além da figura da vítima, ou seja, possui também o intuito de desestimular a prática por parte do causador do dano.

No direito pátrio houve acirrada discussão quanto a possibilidade de que a indenização possa ter também um cunho punitivo, além no cunho de recompensa ao ofendido, dentre os quais destacamos o entendimento do Respeitado Humberto Teodoro Júnior<sup>60</sup>, que suscita que “aqui, entre nós, o uso da sentença civil para transformar a indenização do prejuízo individual em pena, sem que lei alguma autorize, ofende a garantia constitucional do *nulla poena, sine lege*. (CF/88, art. 5º XXXIX<sup>61</sup>).

Ainda existem defensores ferrenhos de que a indenização deve sempre se limitar a compensar o dano causado, porém, tal corrente vem perdendo cada vez

---

<sup>58</sup> LIMA FILHO, Ivan de. **Direito Civil**. 1 ed. Pará: Editora Facto, 2008.

<sup>59</sup> STOCO, Rui. Op cit. p. 192.

<sup>60</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

<sup>61</sup> BRASIL, **Constituição Federal**, 1988, art. 5º, XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

mais força <sup>62</sup>, e, em sentido oposto, surgem movimentos doutrinários e jurisprudencial que denotam a possibilidade e a necessidade de que as indenizações possuam também caráter punitivo, com cunho repressivo e também preventivo.

#### 4.1 Da Teoria do Valor do Desestímulo

Devida a crescente aceitação da possibilidade de fixação de indenizações com caráter punitivo, uma corrente que se aproxima ao *punitive damages* tomou denominação em nosso direito pátrio como a “Teoria do Valor de Desestímulo”, sendo esta, conforme o próprio nome implica, um meio pelo qual a indenização adequada geraria uma prevenção, um desestímulo, a prática de novas condutas ilícitas.

Um dos grandes defensores deste viés doutrinário é o Saudoso Bittar<sup>63</sup>, que inclusive denotou a aproximação de nossas condenações por dano moral ao conceito dos *punitive damages* dos países do *Common Law*, a seguir:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplary damages* da jurisprudência daqueles países.

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

Nesta mesma esteira de entendimento, surge Nehemias Domingos de Melo:

---

<sup>62</sup> CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. 1 ed. São Paulo: Ed. Método, 2006. p.425-437

<sup>63</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pág. 114.

O peso da indenização no ‘bolso’ do infrator, é, a nosso sentir, a resposta mais adequada que o ordenamento jurídico pátrio pode oferecer para garantir que não sejam ofendidos diuturnamente os bens atinentes à personalidade do ser humano.”<sup>64</sup>

De pronto, verifica-se nesta teoria um real distanciamento da origem básica da responsabilidade civil, qual seja, de reparar ao ofendido/vítima, o dano por este sofrido, para importar nova acepção à indenização, de condenar para evitar dano futuro, que ainda não ocorreu.

Há, portanto, na Teoria do Valor do Desestímulo uma figura diversa da simples função punitiva do dano moral, posto que carrega precipuamente uma função preventiva, de modo que, a indenização fixada deve ser suficiente para que também transpasse a figura do ofensor e seja nítida para todos aqueles da sociedade que pretenderem cometer o mesmo ilícito.<sup>65</sup>

Resta verificar já se existem mecanismos jurídicos em nosso ordenamento que possibilitem a satisfação das diversas funções da indenização dos danos extrapatrimoniais, de certo que a função compensatória está positivada, os meios pelo qual as funções punitiva e preventiva se manifestam.

Destarte, em uma visão otimista sobre a aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler<sup>66</sup> denotam o que “a rigor, não é preciso a invocação aos *punitive damages* para lograr, na responsabilidade civil extrapatrimonial, o caráter “exemplar” que, em certas hipóteses, faz-se necessário.”

Não obstante, podemos suscitar que nossos tribunais já vêm aplicando em seus julgados interpretações que suscitam as funções acima mensuradas, razão em que destacamos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, sendo este a última instância para a análise da legislação infraconstitucional, a seguir:

---

<sup>64</sup> MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Alexandre. **Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 309.

<sup>66</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op. Cit. p. 22

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 2. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais apenas será viável quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, em evidente ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na espécie, para formar seu convencimento, a instância de origem valeu-se do exame da "intensidade e da repercussão do dano, da condição sócio-econômica do ofendido, do grau de culpa do ofensor, das condições financeiras do ofensor, bem como do que a doutrina denomina de Teoria do Desestímulo" (fl. 95). Assim, para se alterar tal entendimento, notadamente considerando que a quantia estipulada - R\$ 8.000,00 (oito mil reais) - não se mostra excessiva, necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice no enunciado 7/STJ. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>67</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL.INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.

2. 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.

3. 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, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

4. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

5. *In casu*, o Tribunal *a quo* condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.

<sup>67</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 563.211/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 26/09/2014)



6. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.
7. Evidencia-se que a parte agravante não apresentou qualquer argumento capaz de infirmar a decisão monocrática que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida íntegra por seus próprios fundamentos.
8. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>68</sup>

O que muito se observa dos julgamentos dos tribunais, em especial dos Tribunais Superiores, é que existe ainda resistência para a majoração das indenizações a título de danos morais, sendo que é grande aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade para reduzir indenizações tidas como “exorbitante”, o que gera um enfraquecimento da tentativa de desestimular o ilícito.

Apesar de último acórdão disposto ser claro em considerar as funções punitivas e preventivas da indenização, o mesmo também suscita que não podemos inferir uma “aplicação irrestrita” dos *punitive damages*, tendo em vista a proibição, já positivada em nosso Código Civil, ao enriquecimento sem causa.

#### **4.2 A problemática da proibição ao enriquecimento sem causa**

Não obstante a crescente aceitação em nosso direito da aplicação de indenizações com funções além da meramente compensatória, ainda estamos adstritos as normas legais, sejam pelos dispositivos que autorizem ou que proíbam determinada interpretação.

Neste sentido, em contraposição a livre fixação das indenizações, a doutrina e a jurisprudência consagram o entendimento de que a indenização não poderá ser

---

<sup>68</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

tamanha a ponto de causar enriquecimento sem causa ao ofendido, em respeito ao que está previsto expressamente nos artigos 884 e seguintes nosso Código Civil<sup>69</sup>.

Apesar da aproximação entre o nosso sistema jurídico, pautado no *Civil Law*, com aspectos comuns ao *Common Law*, a liberdade interpretativa dos magistrados não lhes permite julgar em oposição frontal à lei, *contra legem*, mesmo porque, no caso do enriquecimento sem causa, parece não haver direito fundamental outro que lhe contraponha, e assim, permita a ponderação de direitos constitucionais.

Autores que rechaçam os parâmetros de punição e prevenção nas indenizações por responsabilidade extrapatrimonial, denotam que a proibição no ordenamento é evidente, como defende Carlos Roberto Gonçalves<sup>70</sup>:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo as indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento.

Há claro paradoxo entre a fixação de indenização punitiva que ultrapasse o necessário a ressarcir a vítima pelo dano e a impossibilidade de que seja promovido o enriquecimento sem causa, ou qualquer ideia de lucratividade em favor do lesado.<sup>71</sup>

Para reforçar a oponibilidade ao caráter lucrativo que as indenizações possam tomar, dispõe Humberto Theodoro Junior<sup>72</sup>:

Mais do que em qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa criar fonte injustificada de lucro e

---

<sup>69</sup> BRASIL, Código Civil, 2002. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

<sup>70</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Op.Cit. p.678

<sup>71</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, p. 328-329.

<sup>72</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. Cit. p.31-32

vantagens sem causa. Vale, por todos os melhores estudiosos do complicado tema, a doutrina atualizada de CAIO MOURA em torno do arbitramento da indenização do dano moral:

‘E, se em qualquer caso se dá a vítima uma reparação *de damno vitando*, e não de *lucro capiendo* mais do que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento, (Instituições cit., loc. cit.). Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa punição a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta, de outro lado, tem de se levar em conta também a situação e o estado do ofendido para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais’.

Observamos, nesta corrente mais restrita, um verdadeiro temor de que indenizações mais vultuosas, como observadas nos países anglo-saxões—mormente nos Estados Unidos - possam comprometer a normativa jurídica positivada em nosso sistema.

Contudo, não podemos inferir que nos sistemas jurídicos anglo-saxões não existam critérios de razoabilidade e proporcionalidade a serem aplicados nas indenizações a título de *punitive damages*, vez que há necessidade de preenchimento de diversos requisitos para a sua aplicação<sup>73</sup>, conforme veremos de modo mais profundo no item seguinte.

Porém, cumpre destacar que, ao contrário do nosso, naquele sistema inexistem os impedimentos da proibição do enriquecimento individual sem causa, de modo que o interesse público deve se sobrepor, ante a necessidade da prevenção e da punibilidade do ilícito, mesmo diante da possibilidade de que as indenizações possam gerar efetivo lucro às vítimas.

#### **4.3 O conflito entre a responsabilidade civil objetiva e os *punitive damages***

O direito norte americano preza pela proteção aos consumidores, de modo que pune severamente defeitos em produtos (*product liability*), assim, o conceito dos *torts*, decorrem da responsabilidade extracontratual, muito similar ao nosso entendimento, como explica Lima:

---

<sup>73</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op. Cit. p. 23.

O *tort* é a violação de uma obrigação imposta por lei e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por uma ação de perdas e danos visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima.<sup>74</sup>

Assim, como também observado em nosso ordenamento, houve uma evolução da exigência da comprovação da culpa do fabricante, responsabilidade civil subjetiva, para um segundo momento, onde ficaria dispensada a comprovação de culpa por parte do fornecedor, ou seja, responsabilidade civil objetiva.

Temos como *leading case* deste tipo de responsabilização o caso *Geenman v. Yuba Power Products Inc*, onde a empresa fabricou uma ferramenta multiuso de corte de madeira, sendo que, o autor, ao utilizar tal produto, acabou por se ferir gravemente com um pedaço de madeira que havia cortado. Neste momento, o Juiz Taynor declarou que o dever de se indenizar se imporia dispensada a comprovação de culpa da empresa.<sup>75</sup>

Neste diapasão, tal entendimento sedimentou-se no *Restatement of Torts*, na Seção 402A, aqui transcrito:

(1) Uma pessoa que venda qualquer produto em condição defeituosa que cause perigo desarrazoado para o consumidor ou para sua propriedade está sujeito à responsabilização por dano físico causado ao consumidor final, ou a sua propriedade, se (a) o vendedor está engajado na comercialização de tal produto e (b) espera-se e chega-se ao consumidor sem mudança substancial da condição em que é vendido.

(2) A regra estabelecida na subseção(1) se aplica ainda que (a) o vendedor tenha exercido toda o possível cuidado na preparação e na venda de seu produto, e (b) o consumidor não tenha comprado o produto numa relação contratual com o vendedor.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit. p.30.

<sup>75</sup> AMORIM, Verônica Vieira. **A responsabilidade do fabricante no Brasil e nos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297018ebde10e302> Acesso em 05/07/2015

<sup>76</sup> Disponível em: <http://biotech.law.lsu.edu/cases/products/402a-b.htm> Acesso em 07/05/2015 - Tradução livre

Esta amplitude que tomou a responsabilidade civil objetiva quanto ao fato do produto não se distancia daquela observada em nosso ordenamento jurídico, em especial da norma contida no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *in litteris*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.<sup>77</sup>

Porém, nos impende esclarecer que, mesmo que a figura da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto esteja presente em ambos os ordenamentos, o instituto dos *punitive damages* no direito anglo-saxão se desenvolveu a dissociar-se do foco no eventual dano causado e aproximar-se da análise conduta do agente causador do dano.<sup>78</sup>

No caso *BMW of North America, Inc. vs. Gore* (1996) a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reduziu drasticamente o valor fixado pelas instâncias inferiores a título de *punitive damages*, alegando que sua fixação em patamares desarrazoados seriam uma afronta ao Due Process Clause – devido processo legal – Tendo neste mesmo precedente estipulado diretrizes para fixação dos *punitive damages* em casos futuros, que assim elencaram Judith Martins Costa e Mariana Pargendler:

I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segunda a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health of the safety of others); (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;

<sup>77</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990. Art. 12.

<sup>78</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op Cit. p.18-19.

II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages;

III. A diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.<sup>79</sup>

Como muito bem exposto por Monteiro, ainda que a doutrina norte americana permita a responsabilização objetiva por vício no produto, sendo imposta condenação a título de compensar o dano - *compensatory damages* -, o lesado “poderá solicitar *exemplary* ou *punitive damages* desde que prove a particular gravidade da conduta do produtor”<sup>80</sup>.

Nota-se, portanto, que há imperiosa necessidade de prova da conduta ilícita do agente, e sua culpabilidade, o que não se coaduna com o conceito de responsabilidade civil objetiva.

Porém, como também já ponderado no capítulo que tratamos da responsabilidade civil no direito brasileiro, nada impede que aquele que disponha do privilégio de dispensar a prova de culpabilidade do causador do dano, como o consumidor na relação com o fornecedor, mesmo assim o faça, o que poderia levar a aplicação de uma sanção punitiva e preventiva, por meio da responsabilidade civil subjetiva.

Nesta esteira de raciocínio, aquele Magistrado que pretende imputar indenizações com cunhos punitivos e preventivos, deve atentar da existência de elementos subjetivos gravosos na conduta do causador do dano. Porém, infelizmente observamos que a nossa jurisprudência ainda tende a confundir a aplicabilidade destes institutos, de modo que fala em análise da culpa do réu em casos de condenações por responsabilidade objetiva.<sup>81</sup>

Como exemplo colacionamos acórdão do Superior Tribunal de Justiça, sendo este repetido também por diversos outros tribunais:

---

<sup>79</sup> Idem. p. 19

<sup>80</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. Cit. p. 653

<sup>81</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op Cit. p.24.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROTESTO INDEVIDO. PESSOA JURÍDICA. DANO IN RE IPSA. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A caracterização do dano moral decorrente do protesto indevido de título independe de prova, observando-se que, ao assim decidir, o aresto recorrido alinhou-se à jurisprudência desta Corte, que diz: "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica" (REsp 1.059.663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008).

2. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do quantum indenizatório em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

3. Agravo regimental não provido.<sup>82</sup>

De um lado o Douto Ministro diz que a indenização se impõe independentemente da comprovação da culpa, sendo esta presunção denominada *in re ipsa*, contudo, por outro, alega que a fixação da indenização deve considerar a gravidade do ato e o caráter punitivo-compensatório desta.

Ora, como podemos analisar a gravidade do ato se não foi sequer analisada a culpabilidade do agente causador do dano? Certamente o ato é mais grave se o seu causador agiu com dolo ou culpa; E também, como podemos inferir qual foi a extensão do dano se ele foi presumido? A punição *in casu* dispensou a prova do dano, mas os *punitive damages* exigem tanto a prova do dano quanto a prova da reprovabilidade da conduta do ofensor, conforme estudado.

#### **4.4 O dano moral coletivo e as sanções administrativas**

Ante a existência de condições limitantes para se aplicar indenizações severas, que atinjam de fato o caráter punitivo e preventivo, como a proibição do

---

<sup>82</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015 - AgRg no AREsp 633.251/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 26/05/2015

enriquecimento sem causa por parte do lesado, bem como pela confusão jurisprudencial quando da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva, mesmo que a doutrina dos *punitive damages* não lhe seja conexas, faz com que apresentemos outras vias em que podemos estudar a sua escorreita aplicação.

Não obstante o indivíduo tenha o direito constitucional de ser indenizado por quaisquer danos sofridos, a legislação também garante o resguardo dos direitos de modo coletivo e difuso.

No código consumerista<sup>83</sup>, em especial no seu art. 6º, verificamos que está garantida “a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Deste modo, também ressaltamos a existência do importante instrumento da Ação Civil Pública, regulada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, sendo este o meio próprio para a reparação da danos causados a uma coletividade, determinada ou não<sup>84</sup>.

Por dano moral coletivo, assim define BITTAR FILHO, filho do saudoso jurista Carlos Alberto Bittar:

(...) O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do

---

<sup>83</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990. Art. 6, inciso IV

<sup>84</sup> BRASIL, Lei da Ação Civil Pública, 1985, Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)



ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.<sup>85</sup>

Há de se asseverar que como o dano moral coletivo, a que se pretende indenização tem maior reprovabilidade do que aquele ocorrido na esfera individual, maior também deve ser a fixação da indenização imposta, de modo a se resguardar a punição devida do ofensor e desestimular a prática de novos ilícitos.<sup>86</sup>

Assim, consignamos que o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública<sup>87</sup> prevê que eventual indenização pecuniária deverá ser revertida para fundo próprio, ou seja, não se destina as vítimas do ilícito. Deste modo, é possível se esquivar da configuração do enriquecimento sem causa, e fica possibilitada indenizações mais significativas.

A doutrina também assevera que as relações coletivas são mais suscetíveis a incidência de ilícitos, conforme exposto:

Mais suscetível são áreas voltadas para relações de massa, como ocorre no direito do consumidor, as quais ficam mais abertas a procedimentos maliciosos de certas empresas porque o dano é distribuído entre os lesados e o dano individualmente é de pequeno monta. A prática, então, se solidifica, pois o cidadão lesado em poucos reais com certeza não vai intentar uma ação judicial, e a empresa, sabendo que lucra lesando direito alheio sem maiores problemas, difunde esses atos lesivos.<sup>88</sup>

Tal situação se assemelha muito a conduta do *faute lucrative*, alicerce da criação dos *punitive damages*, que denota que existe vantagem econômica para o causador do dano em ignorar a possível ocorrência do dano do que buscar preveni-lo.

---

<sup>85</sup> BITTAR FILHO, Carlos alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf> Acesso em 23/08/2015.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> BRASIL, Lei da Ação Civil Pública, 1985, Art. 13 Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

<sup>88</sup> SANTOS JUNIOR, 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, v. 30, jan.-mar. 2006.

Não obstante, para coibir os abusos cometidos, defende KäFER a aplicação de punições severas contra os fornecedores:

Assim, analisando-se o quão desequilibrada é a relação, justificável se faz punir de forma severa empresas e fabricantes que agem com intuito de lesionar e obter lucro fácil à custa do consumidor. Importante a ressalva de que o fornecedor que age em desacordo com o mínimo esperado na relação de consumo está por ferir a boa-fé objetiva, que é um dos alicerces do Código de Defesa do Consumidor.<sup>89</sup>

No mesmo sentido, pela importância da proteção aos interesses coletivos e difusos, denota RAMOS:

*(...) é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranqüilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. (...) Tal intranqüilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas? A expressão popular 'o Brasil é assim mesmo' deveria sensibilizar todos os operadores do Direito sobre a urgência na reparação do dano moral coletivo.<sup>90</sup>*

Por fim, como instrumento já existente em nosso ordenamento para modalidade de punição dos ilícitos praticados pelos fornecedores – na órbita do direito do consumidor – sendo esta justamente a possibilidade de aplicação de multas administrativas pelos órgãos de defesa do consumidor (PROCONS), quando da violação de dispositivos previstos na lei.

Prevista do Código de Defesa do Consumidor, a multa a ser aplicada pela autoridade administrativa, pode ter o condão de punir, estipulando o art. 57 esta será

---

<sup>89</sup> KäFER, Lucas Manito. **A introdução da doutrina da punitive damages no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35871&seo=1> Acesso em: 23/08/ 2015.

<sup>90</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1998. p. 80-98.

“graduada de acordo com a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.”

Novamente, observamos que a legislação, de modo semelhante aos critérios do *punitive damages*, estipula um olhar atento para a conduta do causador do dano como critério de graduação da multa, vez que considera elementos como vantagem auferida e condição econômica deste.

Contudo, mesmo diante da possibilidade de aplicação de multas administrativas por parte dos PROCONS, a falta da melhoria dos serviços percebida em nosso cotidiano nos leva a crer que estas penalidades estão se fazendo de modo muito singelo e ineficiente.

Por oportuno, mister se faz colacionar entendimento vanguardista adotado por Magistrados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao possibilitarem a aplicação de ofício na via judicial da multa estipulada nos arts. 56 e 57 do diploma consumerista:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - EMPRESA DE TELEFÔNIA - COBRANÇA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO PELO USUÁRIO NA FATURA DE CONSUMO. PRELIMINAR - DECISÃO EXTRA PETITA - APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL, DE OFÍCIO, PELO TOGADO SINGULAR - POSSIBILIDADE - ADEQUAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E À ORDEM ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 5º, XXXII E ART. 170 DA CRFB - SANÇÃO CIVIL PREVISTA NO ART. 56 DO CDC - CARÁTER INIBITÓRIO DA CONDUTA ABUSIVA - VALORES QUE DEVEM SER REVERTIDOS AO FUNDO MUNICIPAL OU ESTADUAL, NOS TERMOS DO ART. 57 DO MESMO CÓDEX - PREFACIAL REJEITADA. É cabível a imputação, de ofício, de sanção de natureza civil, prevista no art. 56 do CDC, com o intuito de concretizar a efetiva repressão de que trata o art. 6º, VI, do CDC, bem como em atenção à proteção constitucional conferida ao mercado de consumo no art. 5º, XXXII e art. 170 da CRFB, com o fim de coibir condutas abusivas, como a cobrança de valores indevidos do consumidor, buscando-se, neste contexto, evitar a reincidência de tais

práticas, bem como estimular os fornecedores à adoção de nova postura em suas relações comerciais.<sup>91</sup>

Porém, tal decisão fora posteriormente revertida no Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão monocrática proferida pelo Eminentíssimo Ministro João Otávio Noronha, que suscitou que a fixação da multa supracitada caberia somente na esfera administrativa, *ex positis*:

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 14, § 3º, E 46 DO CDC. SÚMULA N. 284/STF. INCIDÊNCIA. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 56 E 57 DO CDC. MULTA AFASTADA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 460 DO CPC. ANÁLISE PREJUDICADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE JULGADO CONTRÁRIO AO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula n. 284/STF).
2. A multa disposta nos artigos 56 e 57 do CDC somente poderá vir a ser aplicada pela autoridade administrativa em procedimento administrativo próprio, não cabendo, portanto, ao poder judiciante tal providência.
3. A transcrição das ementas dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.
4. Recurso especial conhecido em parte e provido.<sup>92</sup>

Muito embora seja perspicaz e honrosa a tentativa dos magistrados de Santa Catarina em dar interpretação extensiva a possibilidade de aplicação de multas por infrações à lei do consumidor também pelo poder judiciário, nos parece acertada o posicionamento do supracitado Ministro, eis que o próprio diploma legal infere expressamente que esta penalidade será imposta por “autoridade administrativa”<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2003.018286-1. Relator: Des. José Volpato de Souza, Data da publicação: 16/07/2010.

<sup>92</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 843.105 - SC (2006/0088930-0), Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.

<sup>93</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990. Art. 56, Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Não obstante os passos largos tomados pelo nossa doutrina e jurisprudência no caminho de aproximar o nosso sistema do *Civil Law* do estrangeiro *Common Law*, asseveramos que ainda estamos adstritos à lei, especialmente quando for de tal modo clara e expressa, que afasta a interpretação mais aberta.

Logo, como trecho final de nosso estudo, passamos a análise de iniciativas legislativas que tornariam a aplicação de medidas punitivas e preventivas – em moldes aproximados dos *punitive damages* – possíveis em nosso direito, bem como a necessária lembrança do dispositivo vetado da multa civil prevista no anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

#### 4.2 O veto à multa civil e as perspectivas legislativas

Em que pese a voga atual da doutrina e da jurisprudência no tocante possibilidade de que as sanções derivadas da responsabilidade civil extracontratual possam assumir um caráter punitivo e preventivo, pouco se comenta que o Código de Defesa do Consumidor aprovado pelo Congresso Nacional, no ano de 1990, continha, em sua redação original, a previsão da criação da chamada “multa civil”, em especial nos seus arts. 16, 45 e § 3º do art. 52<sup>94</sup>.

Contudo, tal dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República Fernando Collor de Melo, com a justificativa de que “o art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os

---

<sup>94</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990,

Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.

Art. 52 - .....

§ 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.

dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”.<sup>95</sup>

Ora, a mensagem de veto apenas denota de modo muito sucinto que a criação de uma espécie de multa civil não seria cabível vez que não estariam definidas sua destinação e finalidade. Porém, podemos afirmar que, com o avanço no campo jurisprudencial e doutrinário, há elementos que suscitam que sua finalidade seria justamente desestimular o ilícito e, data máxima vênia, a destinação parece muito bem se compatibilizar com os fundos da Lei n. 7.347/85, qual seja, dos fundos previstos na Lei da Ação Civil Pública.

Por oportuno, ressaltamos que a redação dos artigos vetados apresentam expressões que se assemelham ao requisitos atinentes ao *punitive damages* do direito anglo-saxão, qual seja, “grave imprudência, negligencia ou imperícia do fornecedor”, “alta periculosidade do produto”, “condição econômica do infrator”, ou seja, elementos subjetivos atinentes ao autor da ofensa, conforme anteriormente estudado em acórdão *leading case* do instituto no direito britânico<sup>96</sup>, bem como na divagação Judith Martins Costa e Mariana Pargendler<sup>97</sup>.

Ultrapassada a análise do veto ao dispositivo que instituía a multa civil, importante destacar com brevidade alguns Projetos de Leis que buscam introduzir em nosso ordenamento jurídico conceitos semelhantes aos do *punitive damages*.

Primeiramente, destacamos o PL n. 6960/2002<sup>98</sup>, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, memorável relator do Novo Código Civil de 2002 na Câmara dos Deputados, denominado “Projeto Fiuza”, que tratava de uma ampla revisão do Código Civil, e em sua redação previa a inclusão de novo parágrafo ao art. 944, no capítulo que trata da indenização na esfera responsabilidade civil, denotando que “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

---

<sup>95</sup> Mensagem de veto disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art15) Acesso em 23/08/2015

<sup>96</sup> Acórdão do *House of Lords*, no caso *Rookes vs. Barnard*.

<sup>97</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op Cit. p.19.

<sup>98</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, PL n. 6960/2002 Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549> Acesso em 23/08/2015.

Ora, vislumbra-se que a nobre tentativa do autor do Projeto era de positivar o “adequado desestímulo ao lesante”, de modo que, tal conceito se encaixa nos moldes da estudada Teoria do Valor do Desestímulo. Contudo, tal proposição não teve seguimento em virtude da não votação – com arquivamento no final da legislatura - e posterior falecimento de seu autor.

Neste diapasão, tratando de Projetos de Leis que estão atualmente em tramitação em nossas casas legislativas, destaca-se o Projeto de Lei n. 1412/2015, de autoria da Deputada Maria Helena, que trata do retorno da aplicação da multa civil, desta vez a ser regulada pelo art. 80-A, nos seguintes moldes:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescida dos seguintes Título II-A:

“Título II-A Da Multa Civil

Art. 80-A. O descumprimento reiterado dos deveres do fornecedor previstos nesta lei poderá ensejar a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores.

Parágrafo único. A graduação e a destinação da multa civil observarão o disposto no art. 57.<sup>99</sup>

Ante a apresentação desta preposição, observamos que a pretensão máxima da parlamentar é justamente evitar a repetição do ilícito, ou seja, “o descumprimento reiterado” de práticas danosas por parte do fornecedor, o que nos parece um caminho certo para que se faça presente juridicamente em nosso ordenamento uma norma que concretize a Teoria do Valor do Desestímulo.

---

<sup>99</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, PL n. 1412/2015 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1229817> Acesso em 23/08/2015.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo uma análise do instituto anglo-saxão dos *punitive damages*, que, muito embora tenha tradução literal de indenização punitiva, tal conceito não lhe é o mais adequado, uma vez que sua função visa, precipuamente, a prevenção do ilícito, não somente a penalização do infrator.

Não obstante, o estudo histórico do referido instituto nos dá uma perspectiva de quais foram os embasamentos sociais e culturais que resultaram na sua criação, sendo observada sua origem no direito britânico, como meio de punir atos de abuso de autoridade por parte de servidores públicos; tendo evoluído para uma concepção de viés mais econômico, enfatizada no direito norte-americano.

Enfatizamos que também nos sistemas anglo-saxões, houveram discussões sobre o caráter da indenização de cunho extracontratual, ao qual se abarcou o conceito inicial de mera compensação dos danos – *compesatory damages* – para a possibilidade e o dever de se punir severamente o autor da ofensa como um exemplo à sociedade, os denominados *exemplary damages*.

O avanço da doutrina anglo-saxônica se deu justamente na necessidade de que a indenização tivesse força suficiente para coibir a repetição das praticas de ilícitos.

Neste diapasão, surge o conceito de *faute lucrative*, sendo aquela conduta praticada com intuito essencialmente econômico, sendo ignorada toda e qualquer preocupação com danos que possa causar a terceiros. Tal conduta é violadora da boa-fé, um grande pilar da responsabilidade civil, razão pela qual passou a ser punida com veemência nos direitos anglo-saxões, por meio da aplicação dos *punitive damages*.

Cumprasseverar que a fixação dos *punitive damages* - nos sistemas anglo-saxões - depende da observância de requisitos bem específicos, dentre os quais destacamos: (a) a gravidade da lesão ao direito – dano físico, econômico ou moral - ; (b) a condição de percepção de vantagem econômica pelo ofensor, mesmo



considerando uma eventual aplicação de indenização a título de compensação do dano; (c) o conhecimento prévio da possibilidade da ocorrência de evento danoso; (d) a conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano; (e) a prática reiterada das condutas danosas.

Desta análise, em contraposição aos elementos da responsabilidade civil em nosso ordenamento, é possível constatar que tal instituto apresenta um grande distanciamento da teoria da responsabilidade civil objetiva, eis que nesta inexistente a necessidade de observância da conduta daquele que causou o dano, bem como dispensada também a aferição de sua culpabilidade.

Não obstante, a responsabilidade civil objetiva, regra nas relações de consumo, não é um fim em si mesma, ou seja, caso aquele que sofreu o dano venha a comprovar elementos subjetivos do ofensor – réu – o magistrado pode, e deve, fixar indenização levando em conta também requisitos.

Ou seja, para que se faça presente em nossa realidade jurídica um conceito mais próximo aos *punitive damages*, é imperiosa análise da conduta do agente do agente danoso, e o preenchimento dos requisitos supracitados, todos atinentes à seara da responsabilidade civil subjetiva.

Outrossim, a própria doutrina, bem como parte da jurisprudência, tende a aceitar, mais e mais, o caráter punitivo-pedagógico das indenizações por danos extrapatrimoniais. Neste conceito, surge a denominada Teoria do Valor do Desestímulo, sendo esta talvez a melhor definição para o que se propõe os *punitive damages* no direito estrangeiro.

Na referida Teoria o grande cerne passa a ser o modo pelo qual o magistrado possa fixar indenização suficiente para desestimular qualquer um que sequer pense em cometer ilícitos.

Entendemos que as indenizações em nossos tribunais ainda são muito módicas e a realidade acima pretendida ainda nos parece muito distante, muito também porque a jurisprudência parece ter criado uma barreira-fácil, qual seja, a impossibilidade de que haja um enriquecimento sem causa por parte da vítima do dano.

Muito embora haja dispositivo legal que trate da proibição de enriquecimento sem causa, os magistrados parecem não mais se importar com a análise minuciosa do caso concreto para quantificar a justa indenização, sendo que, qualquer valor que fuja ao padrão tem a tendência a ser imediatamente minorado.

Cabe aqui uma crítica à tendência jurisprudencial de tabelar/padronizar as indenizações de cunho extrapatrimonial, uma vez que, caso aquele que pratica reiteradamente ilícitos tenha conhecimento prévio do valor a ser indenizado, passa a ser fácil a incorporação deste custo em seu negócio.

Ora, se os elementos subjetivos remetem a uma análise minuciosa do caso concreto, não há razão pela qual as indenizações não possam variar de pequenas para vultosas quantias.

A previsibilidade do valor das indenizações, portanto, está totalmente dissociada de qualquer tentativa de punir os causadores de danos contumazes, bem como de prevenir suas ações maliciosas.

Assim, importa destacar que o enriquecimento sem causa não pode ser usado como limite inexorável fixação indenizações justas, de modo que, o magistrado ainda dispõe da possibilidade de analisar os casos com foco na subjetividade, na análise da conduta do ofensor, e, assim, caso necessário, reprimir com severidade e fazer justiça.

Também podemos lançar um olhar atento para as proposições legislativas que visam justamente possibilitar a criação de mecanismos normativos de combate a condutas ilícitas no âmbito civil, sendo esta uma tendência promissora e almejada.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

AMORIM, Verônica Vieira. **A responsabilidade do fabricante no Brasil e nos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297018ebde10e302> Acesso em 05/07/2015

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. Teoria e Prática. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR FILHO, Carlos alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf> Acesso em 23/08/2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. 1988.

\_\_\_\_\_. Código Civil. 2002.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei da Ação Civil Pública. 1985.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. 1 ed. São Paulo: Ed. Método, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

COELHO, Fábio Alexandre. **Reparação do dano moral: Aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou do valor da reparação**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

COLE, Charles D. **Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do Common Law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, p. 11-12, jun. 1998.

CONCATTO, Felipe. **Sistemas jurídicos: uma perspectiva histórica** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25521/sistemasjuridicosumaperspectivahistorica>. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Acesso em 14/05/2015.

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

DAVID, René. **Os Grande Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEVLIN *apud* HARDER, Sirko. **Measuring Damages in the Law of Obligations: The Search for Harmonised Principles**, Londres: Hart. 2010, p. 295. Tradução Livre

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v.7 - ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREYRE, Gilberto, **Problemas Brasileiros de Antropologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio; MEC, 1973.

GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada**. Trad. De Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUIDO, Fernando Silva Soares. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HERRERA, Edgardo López. **Introducción a La responsabilidad civil**. Disponível em: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> Acesso em: 17/05/2015

KÄFER, Lucas Manito. **A introdução da doutrina da punitive damages no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35871&seo=1>>. Acesso em: 23/08/ 2015.

LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão cultural dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, Ano 12, n. 45. 2011.

LIMA, Alvino, **Da culpa ao risco**. Imprensa: São Paulo, Revista dos tribunais, 1938.

LIMA FILHO, Ivan de. **Direito Civil**. 1ª Ed. Pará: Editora Facto, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro)**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, n.28. jan./mar. 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1998.

RE, Edward D. apud CARPENA, Márcio Louzada, **Os poderes do juiz no *Common Law***. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages**, Disponível em: [http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2009/trabalhos\\_2\\_2009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_2_2009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf) Acesso em: 07/06/2015

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS JUNIOR, 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, v. 30, jan.-mar. 2006.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Responsabilidade Civil)**, v.4 – 5 ed. São Paulo: Atlas. 2005.