



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**CLEITON CESAR LEITE MACHADO**

**O INSTITUTO DOS "PUNITIVE DAMAGES" E SUA APLICABILIDADE NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO**

**Assis/SP  
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"**

**CLEITON CESAR LEITE MACHADO**

**O INSTITUTO DOS "PUNITIVE DAMAGES" E SUA APLICABILIDADE NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Cleiton Cesar Leite Machado**

**Orientador(a): Lenise Antunes Dias**

**Assis/SP  
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

M149i MACHADO, Cleiton Cesar Leite

O instituto dos punitive damages e sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro /  
Cleiton Cesar Leite Machado

54p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de  
Assis-FEMA

Orientadora: Me. Lenise Antunes Dias

1. Responsabilidade civil 2. Sanção civil

CDD342.151

**O INSTITUTO DOS “PUNITIVE DAMAGES” E SUA APLICABILIDADE NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO**

**CLEITON CESAR LEITE MACHADO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de  
Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado  
pela seguinte comissão examinadora:

**Orientador:** \_\_\_\_\_  
Lenise Antunes Dias

**Examinador:** \_\_\_\_\_

2019

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a DEUS e a Nosso Senhor JESUS CRISTO que apesar de minhas dificuldades, me deram forças para esta caminhada.

Dedico também a minha preciosa e amada filha Alícia de Oliveira Leite Machado que foi motivo de inspiração, e também dedico em memória de meu querido pai Paulo Cesar Leite Machado o qual queria que estivesse presente.

## **AGRADECIMENTOS**

Em respeito, agradeço primeiramente a Deus e Nosso Senhor JESUS CRISTO por terem me dado força na fé para superar as dificuldades.

Agradeço também a esta Faculdade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Agradeço aos meus amigos e familiares que acreditaram em mim em especial aqueles que me apoiaram.

Em especial à minha orientadora Lenise Antunes Dias, fico grato pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos e pela sua compreensão pelas minhas limitações e sua excelente orientação.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, deixo meus eternos agradecimentos.

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar.”

Martin Luther King

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar como o instituto dos “Punitive Damages” ou “dano punitivo” é utilizado como meio de sanção civil imposta ao causador de ilícitudes, principalmente nos Estados Unidos, e qual a importância da utilização desse instituto no ordenamento Brasileiro diante de inúmeros casos de desrespeito às normas existentes, para uma boa segurança Jurídica. O trabalho dá destaque à jurisprudência atual no que se refere a aceitação de aplicabilidade deste instituto e que em várias decisões os julgadores vem aceitando e aplicando o instituto, punindo o ofensor com uma pena civil, servindo assim, de exemplo para frear muitos litígios em que uma das partes não cumpre sua obrigação legal, lesando o lado oposto de alguma forma.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; “Punitive Damages”; Jurisprudência.

## ABSTRACT

The present monograph aims to demonstrate how the institute of the “Punitiv Damages” or “punitive damage” is used as a means of civil sanction imposed on the causator of citiliudes, mainly in the United States, and the importance of the use of this institute in the Brazilian legal system in the face of numerous cases of disrespect to the existing rules, for a good legal security. The work highlights the current jurisprudence as regards the acceptance of applicability of this institute and that in various decisions the judges has accepted and applied the institute, punishing the offender with a civil penalty, thus serving as an example to curb many disputes where one of the parties fails to comply with its legal obligation, injuring the other side in some way.

**Keywords:** Civil Responsibility; “Punitive Damages; jurisprudence.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1.1. Da Responsabilidade Civil.....</b>	<b>10</b>
1.2. Responsabilidade Civil Objetiva.....	15
1.3. Responsabilidade Civil Subjetiva.....	19
1.4. Requisitos e Pressupostos.....	21
1.5. Espécies de Dano.....	23
<b>2. O Instituto dos "Punitive Damages" .....</b>	<b>27</b>
2.1. História dos "Punitive Damges" .....	27
2.2. Critérios para compensação dos "Punitive Damages" .....	30
2.3. Exemplos reais dos "Punitive Damages" .....	32
2.4. A Doutrina acerca dos "Punitive Damages" .....	36
<b>3. Possibilidade de aplicabilidade no Ordenamento Brasileiro.....</b>	<b>41</b>
3.1. Legalidade de aplicação do Instituto no Brasil.....	41
3.2. Mero Aborrecimento.....	45
3.3. Teoria do Desvio Produtivo.....	46
3.4. Análise Contemporânea Jurisprudencial.....	50
<b>Conclusão.....</b>	<b>56</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A figura da responsabilidade civil e a sua caracterização com efeito de ressarcimento como dano material e moral, caso os mesmos sejam violados, a obrigação de compensação já é concretizada na atualidade, como institutos consolidados no ordenamento jurídico pátrio de acordo com a Constituição Federal de 1988. Não há mais discussão acerca do cabimento ou não de indenização quando de sua ocorrência, mas sim quanto ao valor a indenizar e aos aspectos informadores desta valoração.

Existe, porém, o dano moral punitivo que é um conceito muito utilizado nos Estados Unidos, também chamados de “punitive damages” e “exemplary damages”, tendo como intuito a compensação do dano de modo que o suposto causador não venha a praticar o mesmo ato novamente servindo de exemplo para outros não praticarem o mesmo ilícito.

A sua utilização serve de indenização do sofredor do dano quando o ato cometido por seu causador foi violento, opressivo, fraudulento intencional. Tal instituto, cada vez mais em destaque com frequência nos julgamentos em que se busca essa reparação tem sido visto como a maneira mais eficaz para coibir a reincidência de indivíduos e empresas na prática de atos abusivos.

Tal espécie de indenização por dano moral punitivo merece ser aplicada com mais rigor e necessária ponderação. Como exemplo, um valor de indenização alto, adotado como valor de desestímulo para a reincidência, poderia desestimular o ofensor a não cometer tal ato danoso, uma vez que sua primeira punição já serviria como um a espécie de pena civil.

A importância de utilização desse instituto é de extremo clamor social, tendo em vista varias e reiteradas práticas abusivas cometidas por civis e pessoas jurídicas e aliás, pelo próprio Estado. A aplicabilidade desse sistema punitivo se faz necessária diante do baixo nível educacional Brasileiro o que faz com que muitos aproveitem a ignorância alheia tentando tirar vantagem de outrem sem importar com os efeitos que supostamente causará.

Com efeito, essas práticas ilícitas acarretam um grande movimento do Estado para satisfazer o pedido pleiteado em uma ação judicial e o que infelizmente muitas vezes

não se encontra uma resposta satisfatória por parte do judiciário e nesse tema, milhares de processos são distribuídos diariamente buscando uma punição do causador desse ato ilícito. Infelizmente, o que se vê de resposta do judiciário é uma inversão do pleito, sendo considerados os danos causados como um “mero aborrecimento” ou uma situação aceitável da mera vida cotidiana. Tal entendimento, seria conivente com tais práticas, e serviria como um “aval legal” para que atos ilegais sejam reiteradamente cometidos.

Diante desse tema conflituoso e de divergentes entendimentos, importante demonstrar o que se extrai da doutrina brasileira a respeito da Teoria dos “Punitive Damages” e como essa teoria já vem sendo adotada no ordenamento Brasileiro como instrumento repressor de atos danosos punindo exemplarmente os ofensores de direitos.

## **1. RESPONSABILIDADE CIVIL**

A finalidade desse estudo é uma análise sobre temas relevantes a esse assunto, e para tanto, é necessário tratar sobre alguns conceitos básicos que norteiam tal tema. Neste capítulo, serão tratados conceitos e espécies de Responsabilidade Civil consagradas no ordenamento Brasileiro

Na esfera jurídica, o conceito de responsabilidade refere-se ao fato de responder pelo ato que se pratica, uma conduta danosa que cause prejuízo a outrem, em diversas situações, gerando um dever de compensar a parte lesada concretizando, assim, uma obrigação decorrente do ato que causou lesão de qualquer espécie, mesmo que seja decorrente de prejuízo patrimonial ou moral.

Nos ensinamentos de Gonçalves (2011, p.50):

a palavra ‘responsabilidade’ se origina do latim re-spondere, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado”, significando, portanto, obrigação de ressarcir ou restituir.

Nesse mesmo entendimento, Venosa (2011, p.1):

o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

A reparação do dano veio a se implementar desde o início da humanidade. O Código de Hamurabi, elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1.700 a.C., foi o primeiro Código de Leis escrito pelo homem e trazia em seu bojo diversas disposições sobre a reprovação a danos causados e a sua reparação era feita através da retribuição do mal causado, independentemente de culpa, de acordo com a pena de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”. (PEREIRA, 1998, p. 1).

Outra codificação que tratava da reparabilidade do Dano era a LEI DAS XII TABUAS, a qual teve fundamental importância para a origem do Direito Romano. Apesar de o texto original ter sido perdido em um grande incêndio em Roma, em 390 a.C., foi possível extrair dos fragmentos que foram recuperados, a existência do instituto da reparação.

Por exemplo, conforme Valois (2005. p.) frisa alguns dos itens presentes na Tábua VIII (De delictis - Dos delitos):

VII- Cabe ação de danos contra aquele que faz pastar o seu rebanho no campo de outrem.

X- Aquele que causa incêndio num edifício, ou num moinho de trigo próximo de uma casa, se o faz conscientemente, seja amarrado, flagelado e morto pelo fogo; se o faz por negligência, será condenado a reparar o dano; se for muito pobre, fará a indenização parceladamente.

Segundo estabelece a Lei das XII Tábuas, uma indenização com duplo caráter para a reparação do dano, ou seja, para determinada situação a pena recairia

sobre a integridade física do autor, ou então, o autor sofreria perda pecuniária, pagando determinada quantia em valor para a vítima do dano.

Neste contexto, caracteriza a existência da reparação do dano, desta forma o Código Romano não fugiu da característica das codificações antigas, que aplicavam pena ao causador do dano, afetando sua integridade física, mas também trouxe o caráter pecuniário para a indenização.

Também tratando desse tema, o Código de Manu ou Leis Escrita de Manu, trata-se de uma codificação indiana, editada no século II a.C, sendo a compilação legislativa mais antiga da Índia. O legislador indiano previa a reparação para vítimas de danos morais, a tal reparação tinha um caráter pecuniário

. Segundo estudo realizado por LIMA (1983, p.42) o código indiano trouxe em seu artigo 695, indícios da obrigação da reparabilidade do dano moral, pois fica claro que o dano a qual se refere o mencionado artigo, não possui um caráter material, e sim, um dano estético, que abala o bem-estar da vítima, conforme descrição abaixo:

Art. 695 – Todos os médicos e cirurgiões que exercem mal a sua arte, merecem multa; ela deve ser do primeiro grau para o caso relativo a animais; do segundo, relativo ao homem.

É interessante salientar que o código indiano, além de prevê a reparação do dano causado aos homens, os animais também tiveram seu direito tutelado, assim, caso estes sofressem danos, o autor deveria repará-los, obviamente o dono do animal é quem receberia a indenização, deixando o explícito o quanto a civilização indiano valoriza a vida humana.

No final do século III e início do século II a.C., foi criada em Roma a “Lex Aquilia de Damno”, cuja ideia centralizadora era a responsabilização do agente que causou danos a outrem mediante a existência da culpa.

Sobre a Lex Aquilia, assim ensina Venosa (2007, p.16):

A Lex Aquilia foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos. A idéia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação.

Se o agente agisse sem culpa, estaria isento de qualquer responsabilização. Esta lei também atribuiu um caráter pecuniário à responsabilização, considerando-se o valor do bem destruído ou danificado. (PEREIRA, 1998, p. 3 a 6)

Entende-se que a responsabilidade civil pode surgir de duas formas distintas, com pelo descumprimento de uma norma contratual ou pela inobservância de uma imposição da lei. Há, portanto, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, onde aplica-se a responsabilidade nos casos de inadimplemento de uma obrigação onde uma das partes deixa de cumprir o que foi contratado.

A responsabilidade extracontratual, se caracteriza com a ocorrência de um ato ilícito praticado por uma das partes, como pode ser compreendido ou interpretado também pelo abuso do direito quem vem consolidado no Código Civil (BRASIL, 2002) constante nos artigos 186 e 187:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Diante do que vem expresso na leitura do artigo 186 do Código Civil 2002, para a existência da responsabilidade civil contratual é necessário que o ato ilícito gere uma lesão com dano sofrido efetivamente.

Nesse mesmo sentido, o artigo 187 coloca o abuso de direito com um ato ilícito, ou seja, o abuso no excesso de direito fora de seus limites gera um dano em descumprimento a boa-fé e os bons costumes.

O Código Civil também expressa em seu artigo 927 a obrigação de indenizar:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como consequência, a prática destes atos, suje o dever de indenizar a parte lesada para sua efetiva compensação mediante pagamento de indenização que será fixada pelo judiciário nos moldes onde sejam observados os princípios da razoabilidade e o não enriquecimento ilícito.

## 1.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Nesse tipo de responsabilidade, o dano é gerado por uma atividade lícita, mas que, embora juridicamente legal, acarreta um perigo a outrem, originando, assim, o dever de ressarcimento, pelo simples implemento do nexu causal. Por isso, a teoria do risco surgiu para preencher as brechas que a culpabilidade deixava, admitindo reparar o dano sofrido, independentemente da culpa. A teoria da culpa prevalece como direito comum ou regra geral básica da responsabilidade civil; e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados (PEREIRA, 1995).

Complementa Gonçalves (1993) que a Lei Civil impõe, todavia, para certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso ocorre, conforme o autor, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz somente com o dano e o nexu de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser imediatamente reparado por quem a ele se liga por um simples nexu de causalidade, independentemente de culpa.

Conforme Rui Stoco (1999), a doutrina da responsabilidade civil objetiva, em contrapartida aos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade) determina

que a responsabilidade civil se assenta na equação binária, cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem considerar a imputabilidade ou investigar a antijuricidade do evento danoso, o que importa, para garantir o ressarcimento, é a averiguação de que se sucedeu o episódio e se dele proveio algum prejuízo, confirmando o autor do fato causador do dano como o responsável.

Nesse sentido, a responsabilidade civil caminha em outra direção, no qual a ideia de culpa é deixada de lado passando a adotar o risco, que, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.49), poderá haver momentos em que ela é encarada como “risco-proveito”, sob o que é reparável o dano a outrem em casos em que a atividade realizada beneficia o responsável, e haverá momentos em que ela é genericamente aplicada como o “risco criado”, independente de culpa, ficando em conflito a Teoria da Culpa.

Em se tratando da Teoria do Risco, vale destacar o que diz Flávio Tartuce (2011, p. 446), que apresenta cinco conceitos de teorias retiradas de análises normativas e jurisprudenciais, o que seria importante destacar:

a) Teoria do risco administrativo: aplicada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, conforme consolidado no artigo 37, § 6 da Constituição Federal de 1988.

b) Teoria do risco criado: aplicada nos casos em que o autor do dano cria o risco, decorrente de outrem ou coisa, como exemplo encontra-se no artigo 938 do Código Civil de 2002, que vem a tratar da responsabilidade do ocupante advinda das coisas que caírem ou forem lançadas do prédio,

c) Teoria do risco da atividade ou o risco profissional aonde o agente que pratica tal atividade assume o risco de dano relacionado à sua função. Tal teoria enquadra-se no parágrafo único, artigo 927, do Código Civil de 2002.

d) Teoria do risco-proveito, que submete os riscos de um suposto dano à uma atividade com fins lucrativos e econômicos e gera uma responsabilidade ao indivíduo que aproveita de risco criado com o intuito de auferir vantagens, e segundo essa teoria, deve responder pelos danos causados.

e) Teoria do Risco integral, onde não haverá excludentes de culpabilidade ou responsabilidade civil e a responsabilidade por danos ao meio ambiente, §1 do artigo 14 da Lei 6938/ 1981, demonstra a aplicação dessa teoria.

Não bastasse estas subcategorias apresentadas por Tartuce (2011, p. 446), ainda existe aquela responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990, que destaca o Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços aos consumidores.

Vale salientar que o instituto de Responsabilidade Civil também vem descrito em matéria Ambiental contemplada no art.14 § 1º da Lei 6.938/1981, que traz punições ao agente causador de dano, como multas, suspensão de suas atividades, entre outras.

Existem ainda outros casos de responsabilidade objetiva previstos no CC, como a responsabilidade por atos de outrem, em que determinada pessoa poderá ser chamada a responder pelos atos de outras, ainda que não tenham agido culposamente, nas hipóteses previstas no art. 932:

“Art. 932.São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

Outra situação de responsabilidade objetiva é a responsabilidade por fato de semovente, descrita no art.936 do Código Civil, que caberá ao dono ou detentor do animal a responsabilidade por estes.

Esta responsabilidade pressupõe o poder de comando sobre o animal, sendo que, se o dono transferiu a posse ou detenção do animal a terceiro, não mais terá responsabilidade pelo fato do semovente.

São ainda casos de responsabilidade objetiva a responsabilidade pelos edifícios em ruínas ou construção, prevista no art. 937 e a responsabilidade por objetos lançados, expressa no art. 938 do Código Civil 2002.

Em síntese, foi visto que para que haja a responsabilidade objetiva, é necessária tão somente a conduta nexa de causalidade e o dano sofrido, e como consequência a obrigação de indenizar a parte lesada como punição e compensação

Portanto, haverá várias formas e interpretações no que tange a responsabilidade civil e existirá maneiras diferentes para solucionar litígios diferentes deixando o ônus de solução para o operador do direito, que saberá aplica-la de modo favorável à vítima de lesão civil.

### 1.3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Quando falamos de responsabilidade subjetiva, baseamos naquela que necessita dos pressupostos essenciais o dolo ou culpa do agressor. A comprovação da culpa do agente causador do dano é essencial para sua constatação, pois é dela que gera a obrigação de indenizar. no caso do autor, e o direito de ser indenizado, no caso da vítima. Sem a prova da culpa fica inexistente a obrigação da reparabilidade do dano.

Nos ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Nessa linha de raciocínio, Coelho (2012, p. 598), salienta que por ser uma obrigação derivada de ato ilícitos, o sujeito que venha a incorrer na ilicitude recai o dever de indenizar, devido a conduta que fora praticada e os prejuízos que foram causados a outrem. Nesse caso a prestação será quitada monetariamente no valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e, de forma compensatória, os prejuízos extrapatrimoniais.

A responsabilidade subjéitiva é sustentada pela Teoria da Culpa. Nesta senda, essa teoria possui o entendimento básico de que a culpa é o fundamento necessário para a responsabilidade civil para indenizar a parte lesada.

Gonçalves (2015, p.48) compreende que tal espécie de responsabilidade se considera subjéitiva pois a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa, e se ficar provada a sua culpabilidade, o mesmo será submetido aos efeitos da responsabilidade, ficando a seu ônus o dever reparatório

Neste sentido, Lima (2012, p. 34), considera a culpa lato sensu, ou seja, que engloba o dolo e a culpa, a gênese da responsabilidade civil subjéitiva. Assevera ainda que, conforme a teoria clássica da culpa, é requisito “necessário e indispensável do dano indenizável” a culpa.

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjéitiva se consolida em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Nesse sentido, para que o causador do dano indenize, ou seja, para que seja punido na esfera cível, é necessária a comprovação da sua culpa.

Como exemplo de responsabilidade subjéitiva, podemos destacar um dos mais comuns em nosso sistema que ocorre corriqueiramente, que é a responsabilidade do médico, que somente ficará demonstrada se a prova de culpa ficar evidente.

É um exemplo clássico em nosso ordenamento com vários casos concretos onde se ficar evidenciada a culpa ou dolo do profissional, ao mesmo só restará o ônus de ressarcir a vítima de tal fato, e, caso contrário, o profissional se eximirá de responsabilidade.

Complementando o assunto, além do requisito culpa é necessário que a vítima encontre meios legais e processuais para comprová-la e em caso de não obtenção de êxito, restará isento de responsabilidade o suposto agressor, sem prejuízo a algumas exceções.

#### 1.4. REQUISITOS E PRESSUPOSTOS

A doutrina é pacífica ao entendimento de que são esses os pressupostos para o dever de indenizar, a ação, a omissão, dolo ou culpa e nexo de causalidade e dano. A ação é uma conduta real positiva, enquanto que a omissão é uma conduta deserta e negativa. Essas condições, ação e omissão, poder ser voluntaria ou por imprudência, negligencia ou imperícia.

A responsabilidade por ação ou omissão pode se caracterizar tanto de ato próprio do agente, quanto de ato de terceiro que esteja sob a tutela do agente e ainda de danos causados por coisas ou toda classificação de bens que lhe pertençam.

Sobre o aspecto no modo dolo ou culpa, não permite esclarecer que muitas vezes é chamado apenas de “culpa genérica”, termo este que engloba tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito. (VENOSA, 2011, p. 24)

O dolo constitui uma violação intencional do dever de ato jurídico, enquanto que a culpa em é a violação de um dever ou obrigação jurídica do agente que age com imprudência, negligência ou imperícia, no entanto sem a intenção de provocar a causa.

No Direito Civil Brasileiro não há diferenciação entre ato lícito com dolo ou culpa, tendo como consequência a punibilidade do agente ofensora reparação para ambas as condutas de modo que se traga uma compensação pelo tal ato.

Assim, para que fique demonstrada a responsabilidade civil, a ação ou omissão deve, em regra, ter sido praticada com culpa ou dolo. Porém em alguns casos expressamente previstos, o elemento culpa é prescindível, bastando para configurar o dever de indenizar a presença do dano e do nexo de causalidade, é a chamada responsabilidade objetiva. (PEREIRA, 2002, p.365-366)

Um outro requisito necessário para a formalização da responsabilidade civil é o nexo causal, elemento importante para constituição da mesma, onde a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado do dano suportado pela vítima.

O nexo causal é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, ao conectar o dano à conduta ou à atividade de alguém, delimitando a autoria do evento danoso e a extensão do que se deve indenizar, de acordo com certos valores e simplificações que possibilitam sua operacionalização jurídica

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que é considerada como sua causa. (DINIZ, 2010, p. 111)

O conceito remonta à causa eficiente de Aristóteles, que, reproposto séculos mais tarde pelas correntes filosóficas racionalista e empirista, condicionam a compreensão da causalidade a partir de parâmetros de certeza e de probabilidade, respectivamente.

A partir de uma leitura, entende-se que as mencionadas escolas filosóficas influenciaram a disciplina jurídica do instituto tanto quanto as ciências contribuíram para a consolidação do senso comum e do senso jurídico de causa.

A partir dessa perspectiva, propõem-se percursos para solução de problemas práticos do nexo de causalidade, a avaliação crítica das diversas teorias construídas a respeito pelos ordenamentos jurídicos e, finalmente, a valoração do papel da relação de causalidade no direito civil contemporâneo, em que a reparação da vítima se tornou prioritária.

Nesse sentido, dentre todos os requisitos da responsabilidade civil, o nexo de causalidade é considerado o mais complexo e o mais difícil de demonstração, tornando a

tarefa de concretização a mais árdua entre os operadores de Direito (VENOSA, 2011, p.53).

Por conseguinte, temos o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Daí começa uma extensa discussão que se refere ao modo em que se compensa a vítima do dano para que uma devida e justa compensação para tal seja efetivada. Via de regra, é necessário comprovar a ocorrência do dano.

## 1.5. ESPÉCIES DE DANO

### DANO MORAL.

(GONÇALVES 2008, p.359) ensina que Dano Moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação

Nas lições de Sílvio de Salvo Venosa, o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, afeta diretamente a saúde psíquica da vítima e, citando Wilson Melo da Silva (1968:249), lembra que o dano moral é a violação de um dos direitos da personalidade previstos no artigo 11 citado linhas acima, nas palavras do doutrinador, dano moral é a lesão ao direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc.

Em sua obra sobre Responsabilidade Civil, Venosa aprofunda sua análise a respeito do tema, afirmando que o dano moral estará presente quando uma conduta ilícita causar a determinado indivíduo extremo sofrimento psicológico e físico que ultrapasse o razoável ou o mero dissabor, sentimentos estes, que muitas vezes podem até mesmo levar à vítima a desenvolver patologias, como depressão, síndromes, inibições ou bloqueios:

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se

analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...] (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.52)."

[...] Acrescentamos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa; [...]. (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.54).

O doutrinador acrescenta ainda, que não é qualquer aborrecimento do dia a dia que justifica a indenização por dano moral. Deve-se ter como base, o comportamento do ser humano médio, que é um meio termo entre a pessoa extremamente sensível que se aborrece com qualquer contratempo cotidiano e a pessoa completamente fria que não altera seu humor ou seu comportamento com os aborrecimentos diários da vida.

## DANO MATERIAL

Os danos materiais, conforme pacífica e reiterada jurisprudência, exigem a comprovação do prejuízo causado, pois, ao contrário dos danos morais, não são presumíveis, de acordo com o Código de Processo Civil 2015.

Para que haja a condenação da parte requerida, é indispensável que a parte requerente comprove a extensão dos prejuízos patrimoniais que suportou, em decorrência do ato ilícito, e para tal motivo, é a prova do dano material de fundamental importância na ação indenizatória.

A competência do ônus probatório vem destacada no Código de Processo Civil segundo requisitos claros e objetivos, previstos em seu artigo 333, que dispõe:

"Artigo 333" - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

A sistemática adotada pelo sistema Processual Civil Brasileiro, no que tange ao ônus da prova, está muito clara no art. 333, incumbindo ao autor o ônus da prova de seu direito, e, ao réu, o ônus de demonstrar qualquer fato o exima de responsabilidade.

Assim, se o autor não se desvencilha do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, quanto aos pretensos danos materiais, rescai indevida a indenização a tal título.

Destaca-se, sobre o ônus da prova, da clássica obra de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que:

"No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente". (Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. v. I. - Rio de Janeiro: Forense, 2008, 50. ed., p. 420).

A um só tempo, destarte, deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que "provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação".

## DANO PRESUMIDO

Atualmente, existem diversos casos em que a doutrina e jurisprudência contemporânea vêm entendendo como dano moral presumido, ou seja, que não precisa

da prova do dano, bastando a ocorrência do fato danoso. É o que se chama de dano moral *in re ipsa*.

O dano moral possui presunção absoluta, dispensando prova em concreto, uma vez que o dano se passa no interior da personalidade, existindo *in re ipsa*. No caso, por exemplo, da morte de um filho, entende o autor que a mãe não precisaria comprovar a dor que sentiu. Gonçalves (2010 pg. 392)

No mesmo sentido, ensina CAVALIERI FILHO (2012, p.97):

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominizou facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Portanto, para caracterização desse tipo de dano ilícito, basta somente a exposição dos acontecimentos e que esses sejam notórios e públicos para que abra a possibilidade de tal fato ser recompensado de forma a satisfazer a vítima.

## **2. O INSTITUTO DOS “PUNITIVE DAMAGES”**

### **2.1. História dos “Punitive damages”**

Esse instituto surgiu na Inglaterra, no século XVIII, seguindo a interpretação dos países da Common Law, os quais adotavam as jurisprudências como principal fonte do Direito inicialmente e sendo utilizada como um instrumento jurídico visando conter abusos de poder por parte do Estado.

Sua aplicação não se restringiu a esses casos específicos e seu escopo logo se ampliou para coibir demais abusos de poder econômico ou abusos de poder em geral, as cortes inglesas passaram a impor indenizações com caráter punitivo aos autores de danos morais.

Os Americanos conhecem muito esse tema, tendo em vista que a maioria das decisões judiciais se baseia na aplicação da teoria do "Punitive Damages", que também é conhecida como dano exemplar, ou dano vingativo.

Os "Punitive Damages", também são conhecidos como vindictive damages, punitive damages, speculative damages, imaginary damage, presumptive damages, added damages, smart money. (ANDRADE, 2009).

Muitos outros países são adeptos a essa teoria como, Canadá, Austrália, Irlanda, Nova Zelândia. No sistema romano-germânico utilizam esse sistema a Itália, França, Alemanha e Portugal.

Sobre esse tema, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p.195-196) menciona que "o objetivo principal dos punitive damages é exatamente o de punir o autor do ato danoso, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros."

A função desse instituto nada mais é do que punir o ofensor de algum tipo de dano em que o mesmo deu causa, sendo esse tipo de ato punido com mãos pesadas desestimulando-o a prática do mesmo ato, evitando assim a repetição sistêmica.

A fundamentação dos "Punitive Damages" é a de desestímulo, que além de servir como meio de punição ao ofensor, tal modelo de indenização iria desestimular o autor da ofensa a reincidir na prática do ato lesivo, pois a punição patrimonial o impediria de cometer novas práticas ilegais.

Para o autor Anderson Scheireber (2007, p. 199):

O instituto do “Punitive Damages” compõe uma figura intermediária sui generis, entre as esferas do direito penal e do direito civil, originariamente advindo dos países da common law. Assim, há uma indenização extra ou adicional assegurada a vítima do fato danoso, com precípua finalidade de punir o ofensor e não de compensar a vítima caráter punitivo na reparação por dano moral apresenta como objetivo impor uma penalidade exemplar ao ofensor, impondo a obrigação de pagar determinada soma pecuniária que não tenha por parâmetro a extensão do dano sofrido.

Essa teoria, serviria de exemplo para evitar que outros potenciais ofensores causassem tais danos a novas vítimas, e não permitiria que as mesmas causassem lesões futuras, garantindo um bom comportamento social.

A fixação de uma condenação elevada demonstraria para futuros e potenciais ofensores, que, caso praticassem a mesma conduta do ofensor condenado, os julgadores assumiriam uma postura rígida para puni-lo, a fim de sempre desestimular novos comportamentos ilícitos.

Nesta senda, a função do punitive damage busca sancionar o causador do dano, mas como item principal a não estimulação de novas práticas danosas por outros membros da comunidade, inibindo o cometimento de ilícitos equivalentes no futuro.

Sendo assim, esse instituto é considerado positivo de caráter social em países que o utilizam para parâmetros de punições judiciais, que além de satisfazer a vítima em natureza econômica, também servem de exemplo para que outros não repitam o mesmo ato que ilegal.

## 2.2. CRITÉRIOS PARA COMPENSSAÇÃO DOS “PUNITIVE DAMAGES”

Consumado tal fato ilícito na esfera dos “Punitve Damages”, surge outra questão no que tange ao valor pecuniário que terá de ser fixado pela autoridade judiciária competente à causa para confortar a vítima e servir de exemplo para futuros infratores, uma tarefa que, para muitos julgadores pode ser um tanto complexa.

Na definição do autor e desembargador André Gustavo Correa de Andrade (2009, p. 186):

Constituem os “Punitive Damages” uma soma de valor variável, estabelecida em separado da indenização devida ao ofendido, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão.

Nesse passo explica Diogo Leonardo de Melo (2006, p. 120) que o caráter punitivo na reparação por dano moral apresenta como objetivo impor uma penalidade exemplar ao ofensor, impondo a obrigação de pagar determinada soma pecuniária que não tenha por parâmetro a extensão do dano sofrido.

A indenização concedida vai além da compensação do mal sofrido alongando como propósito punir o acusado, bem como de repreendê-lo, de tal forma que não volte a praticar o ato danoso, advertindo e evitando que outros sigam seu exemplo.

Nesse mister, os “Punitive Damages” consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário a compensação do dano. (Martins Costa; Pargendler, 2005).

Portanto, em uma condenação nesse sentido deverá ser discriminado o valor acerca dos danos materiais ou morais sofridos e também quanto ao o que corresponde ao dano punitivo. O dano punitivo compreende nessa esfera o papel de punir, uma vez que atinge do agente infrator seu patrimônio, com intuito de servir de alerta a toda a sociedade e não só a ele prevenindo novas condutas.

Conforme explica Diogo Leonardo de Melo (2006, p. 120):

O caráter punitivo na reparação por dano moral apresenta como objetivo impor uma penalidade exemplar ao ofensor, impondo a obrigação de pagar determinada soma pecuniária que não tenha por parâmetro a extensão do dano sofrido.

Nesse sentido, também podem ser chamados de danos vingativos, a indenização concedida vai além da compensação do mal sofrido alongando como propósito punir o acusado, bem como de repreendê-lo, de tal forma que não volte a praticar o ato danoso, advertindo e impedindo que outros indivíduos sigam seu exemplo.

Nessa senda, os “Punitive Damages” consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário a compensação do dano. (Martins Costa; Pargendler, 2005).

Igualmente, no que tange a definição da indenização punitiva, a sua aplicação depende de a conduta do agente agir com negligencia, malícia ou dolo.

O causador do dano, ao agir em face de caráter injustificado, irresponsável, malicioso ou opressivo dos quais venha ocasionar danos ao autor da ação, serão concedidos valores para punir o acusado por ato proposital e para vingar seus direitos, a fim de salvaguardar a paz pública, e como uma consequente função de prevenção de ações desse gênero.

É importante, salientar que a indenização punitiva é concedida apenas em razão de desvios de conduta, combinados com uma irresponsabilidade, envolvendo malícia e desrespeito pelo direito dos outros como forma de satisfação da vítima.

Para o autor Anderson Scheireber (2007, p. 199):

O instituto do “Punitive Damages” compõe uma figura intermediária sui generis, entre as esferas do direito penal e do direito civil, originariamente advindo dos países que adotam esta função do common law. Assim, há uma indenização extra ou adicional assegurada a vítima do fato danoso, com precípua finalidade de punir o ofensor e não de compensar a vítima caráter punitivo na reparação por dano moral apresenta como objetivo impor uma penalidade exemplar ao ofensor, impondo a obrigação de pagar determinada soma pecuniária que não tenha por parâmetro a extensão do dano sofrido.

Assim, pode-se dizer que o ofensor ao ser condenado, vislumbra-se não apenas que a vítima seja ressarcida, ou seja, a compensação em pecúnia para restabelecer o status quo ante pelo dano conhecido, entretanto vislumbra-se também proporcionar ao ofensor uma penalização para reprimi-lo e desestimular condutas análogas.

### 2.3. EXEMPLOS REIAS DOS “PUNITIVE DAMAGES”

Nesse meio, destaca-se uma situação bem comentada como o caso americano, *Coryell v. Colbough* em 1791, que marcou também o início da aplicação do “Punitive Damages” em ação de quebra de promessa de casamento.

Não obstante, o caso de maior destaque da história do “Punitive Damages”, foi o caso de *Stella Liebeck v. McDonald’s*, trazido pela autora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 231-232), razão pela qual faz necessário trazê-lo à colação:

Em meados de 1992, no Estado Novo do México, a Sra. Liebeck, 79 (setenta e nove) anos, que ocupava o banco traseiro do veículo dirigido por seu neto, comprou um copo de café quente de uma das lanchonetes McDonald's, e enquanto o veículo estava parado, colocou o copo descartável de polietileno por entre as pernas para então remover-lhe a tampa e acrescentar-lhe açúcar e creme. Ao fazer o referido movimento, acabou por derramar o café em seu colo, o que lhe causou queimaduras de segundo e terceiro grau. Em decorrência das queimaduras apresentadas nas nádegas, coxas e vulva, Sra. Liebeck permaneceu sete dias internada e três semanas recuperando-se em casa. Depois de enfrentar a difícil recuperação, Liebeck entrou em contato com o McDonald's pedindo que fosse diminuída a temperatura do café – ajustada em 180 a 190 graus fahrenheit (cerca de 82 a 87 graus centígrados) – e ainda, indenização pelas despesas efetuadas com médicos (US\$ 2.000) bem como pelos salários não percebidos por sua filha enquanto esta ajudava a mãe com o tratamento das queimaduras. Conforme esperado, o McDonald's ofereceu valor aquém (US\$ 800) do requerido pela vítima, motivo por que esta teria ajuizado ação em face da empresa requerendo US\$ 100 mil (cem mil dólares) por danos compensatórios e US\$ 300 mil (trezentos mil dólares) por danos punitivos. Em sede de instrução e julgamento, um perito chamado pela parte autora para fazer prova de suas alegações atestou que um café servido a 170º (cento e setenta graus) causaria queimaduras de segundo grau na boca e garganta de forma bastante

rápida em qualquer pessoa, e ainda, um supervisor de controle de qualidade teria informado que muito embora a empresa tivesse recebido 700 (setecentas) queixas no mesmo sentido em 10 (dez) anos, esta nunca teria diminuído a temperatura do café. A política da empresa estaria calcada no fato das 700 (setecentas) queixas corresponderem a aproximadamente 01 (um) copo em 24 (vinte e quatro) milhões. Ao final das deliberações o júri deu razão ao pleito da Sra. Liebeck, tendo sido o McDonald's condenado ao pagamento da quantia de US\$ 200 mil (duzentos mil dólares) a título de danos compensatórios e US\$ 2,7 milhões (dois vírgula sete milhões de dólares) a título punitivo.

Em que pese muitas divergências acerca da concordância com os valores a títulos punitivos, os motivos são claros quanto a aplicação do referido instituto, com referência ao caso supracitado nas palavras de um dos jurados, esta foi a maneira de dizer a futuros causadores de danos que “abram os olhos”, com a intenção de passar o recado de que se causar lesão, será punido com rigor.

Atualmente, nos Estados Unidos a fixação dos “Punitive Damages” é realizada pelo júri, cabendo a uma Corte Superior em caso de valor excessivo revisar o quantum arbitrado com a finalidade de evitar indenizações absurdas.

No Sistema Federativo Americano é direito facultativo os Estados adotarem ou não tal função, não sendo obrigatório o seu segmento, e desta forma não são todos os Estados que agregaram a interposição dessa modalidade de indenização nas ações.

A respeito desse assunto, o autor Rodrigo Pereira Ribeiro (2012, p. 33) ensina:

Dentre os cinquenta Estados norte-americanos, a maioria absoluta admite os “Punitive Damages”, inclusive alguns com previsão em lei sendo que apenas cinco não admitem tal sistema, quais sejam: Louisiana, Nebraska, New Hampshire, Massachusetts e Washington.

[...] importante ressaltar que nos Estados Unidos a análise do cabimento e a quantificação dos “Punitive Damages” são tarefas atribuídas aos juris populares, formados por cidadão em regra leigos em ciência jurídicas, sem domínio da técnica legislativa e jurídica e, portanto, capazes de expressar apenas juízo de valor empírico, não obtendo, assim, fundamento científico sobre as normas.

Por conseguinte, nos últimos anos a Suprema Corte dos Estados Unidos criou parâmetros para a fixação dos “Punitive Damages” sopesando o princípio do devido processo legal, instituído pela XIV Emenda da Constituição norte-americana. Assim sendo, ao aplicar essa doutrina devem-se analisar os critérios fixados pela jurisprudência precedente e pela Constituição. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005).

Desse modo, foram instituídas três premissas pela Suprema Corte Norte Americana: a) o nível de reprovabilidade do comportamento do réu, sabendo que para medir o grau de reprovabilidade do autor, é imperioso atentar para fatores como: se o prejuízo é econômico ou físico; se o ilícito fora cometido com desrespeito a saúde ou segurança da vítima; se a vítima possui vulnerabilidade financeira; se ação vem se repetindo; se o fato ocorreu acidentalmente ou de uma ação fraudulenta; b) a disparidade entre o dano sofrido e a indenização; c) a ligação entre as indenizações já arbitradas em casos semelhantes.

Compreende-se, assim, que existem situações que limitam a utilização do “Punitive Damages”, repelindo o uso inapropriado do instituto, para tanto os precedentes judiciais abraçam a matéria, objetivando a restrição e uso equivocado no caso concreto.

Sobre esse tema, vejamos o caso trazido pelo autor Nelson Rosenvald (2013, p. 146):

O caso é emblemático: a aquisição de um automóvel BMW vendido como novo, que pouco tempo depois, percebeu-se ter sido retocado pelo vendedor sem que tal fato fosse noticiado ao adquirente. O comprador foi em juízo à busca do ressarcimento de danos estimados pelos peritos em 10% do valor do bem, além do custo dos reparos e ainda da ofensa a boa-fé que permeia as relações comerciais. Em 1º Grau o concessionário foi condenado ao valor de US\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de dólares), segundo a lógica da análise econômica do direito, pela qual sendo constatado que um em cada mil automóveis eram vendidos naquela condição, o pedido de ressarcimento de US\$ 4.000,00 seria multiplicado por mil, constituindo um valor de desestímulo de comportamentos similares. Em grau de recurso, a Corte de Alabama reduziu os danos punitivos a US\$ 2.000.000,00 e, por fim, a Suprema Corte determinou a anulação da decisão por contraste com a cláusula do due process of law, reconhecendo a inconstitucionalidade de um provimento excessivo.

Analisando o caso ao norte, percebe-se uma notável diferença entre o julgamento realizado pelo júri e o julgamento do juízo singular. Por essa razão há uma forte crítica quanto ao despreparo dos jurados, assim como ao fato de serem influenciados com facilidade e de tornarem-se invasivos em demandas entre ricos e pobres. Desta forma, fica evidenciado enorme distinção entre decisão de juízes singulares e dos júris no tocante a quantificação dos “Punitive Damages” e a frequência em que são aplicados.

#### 2.4. A DOCTRINA DOS “PUNITIVE DAMAGES” NO DIREITO BRASILEIRO

O modo de como esse instituto é tratado no Brasil é bem escasso, de forma que a doutrina pátria não se dá a atenção necessária a respeito das funções punitivas, restando para o Direito Comparado, uma maior diversidade de escritos. Igualmente, quanto aos Tribunais, haja vista existirem decisões utilizando-se dessa teoria, ainda não se encontram amplamente difundidas.

Ademais, é compreensível que tais funções quando aludidas pelos julgados estão atreladas ao âmbito dos danos morais consoante será demonstrado, o que afasta de certa forma a disciplina no Brasil em analogia aos demais países do Common Law. Posto que as prestações punitivas conforme se percebem através da apreciação feita até o período atual, correspondem a valores excedentes em relação aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não se incluindo ou subsumindo em qualquer destes.

Na lição de Caroline Vaz (2009, p. 75):

Objetivos até então buscados somente na seara criminal, punir e prevenir, vem sendo admitidos pretorianamente como fundamento para enfatizar a condenação dos agentes, já que a compensação do dano e sua reparação, muitas vezes ficam aquém do prejuízo sofrido pelas vítimas e seus familiares, além de não evitarem a reiteração do ilícito.

É com base nessa teoria que a responsabilidade civil visa ainda dissuadir o lesante e as outras pessoas das práticas dos atos que prejudicam indivíduos, contribuindo para coibir essa prática pela própria pessoa bem como pela sociedade como um todo. Destaca-se a importância deste intuito especialmente para situações em que se pode evitar o dano.

A doutrina majoritária pátria prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil por dano moral cumpre o papel reparatório destinado a vítima e também pune o ofensor. Sobre esse tema vejamos o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 338):

a) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; b) por nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém por meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.

Considerando a linha de pensamento do autor, o conceito ressarcitório encontra-se deslocado de duas formas, no caráter punitivo onde o autor do dano através do fato que ocasionou a condenação seja castigado pela ofensa que praticou; e no próprio ressarcimento destinado a vítima a fim de lhe proporcionar deleites como a compensação do mal suportado.

Considerando o duplo grau de indenização, o autor Sergio Cavalieri Filho (2013, p. 91) ensina:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à restituição in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de

equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Como mencionado acima, a dupla face do dano moral infunde-se entre a necessidade de reparação voltada a vítima e, de outro lado a imposição de uma pena ao ofensor com objetivo de desestimular a prática de novos delitos, não constitui tarefa simples qualificar o dano moral, vez que juristas e doutrinadores ainda divergem em tais aspectos.

Nesse diapasão, podemos observar que a indenização do dano moral desempenha uma função tríplice: a de reparar, de punir, de admoestar ou prevenir. (CAHALI, 2002).

Igualmente, com base nesse sistema é que se defende amplamente e plenamente o respeito aos direitos inerentes a personalidade, importando a indenização moral na tradução da advertência ao lesante, bem como no comportamento que a sociedade repudia como legal de forma que sinta o causador do dano uma verdadeira pena depois que tenha cometido o ato ilícito.

Necessário se faz trazer o ensinamento doutrinário do Juiz de Direito Carlos Dias Motta (1999, p. 74):

Na verdade, não há o que falar em equivalência entre o dinheiro proveniente da indenização e o dano, pois não se pode avaliar o sentimento humano. Não se afigura possível, então, a reparação propriamente dita do dano, com retorno ao *statu quo ante* e com a *restitutio in integrum*. Na impossibilidade de reparação equivalente, compensa-se o dano moral com determinada quantia pecuniária, que funciona como lenitivo e forma alternativa para que o sofrimento possa ser atenuado com as comodidades e os prazos que o dinheiro pode proporcionar. A par disso, a condenação pecuniária também tem natureza punitiva,

sancionando o causador do dano. Como corolário da sanção, surge ainda a função preventiva da indenização, pois esta deverá ser dimensionada de tal forma a desestimular o ofensor a repetição do ato ilícito e conduzi-lo a ser mais cuidadoso no futuro.

Concomitante, a função em pecúnia serve para impor uma pena ao autor do delito, de forma que a diminuição de seu patrimônio atue como um castigo substituto almejado pelo Estado a alcançar a recomposição da ordem rompida em razão do ato lesivo, ora praticado.

Ao contrário desse entendimento, vejamos o que Humberto Theodoro Junior (2001, p. 14) ao que se refere à indenização punitiva:

A responsabilidade civil não pode confundir-se com a responsabilidade penal, porque enquanto aquela é estritamente de ordem privada esta é essencialmente de ordem pública.

[...] penas, em nosso sistema de garantias constitucionais, somente podem ser criadas e aplicadas por força de lei. Se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende à Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática.

Pelo raciocínio do autor, entende-se que através da sistemática do Código Civil Brasileiro não cabe à responsabilidade civil atribuir a função punitiva, mas sim, apenas as funções reparatória e compensatória. Entre outras razões, evitando a chamada loteria forense, impedindo ou diminuindo a incerteza das decisões judiciais e a mercantilização das relações existenciais. (MORAES, 2013).

Ainda sobre esse assunto, com uma profundidade mais avançada e avaliando o instituto dos “Punitiv Damages’ através do direito comparado, revela-se o pensamento das autoras Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 23):

Nesse aspecto, verifica-se, com efeito, certo paralelo com o surgimento – mas apenas com o surgimento – da doutrina dos “Punitive Damages” na tradição anglo-saxônica. Como vimos, diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva afim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. No entanto na tradição anglo-saxã, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim sua primitiva vinculação com instituto dos “Punitive Damages”. Estes, por sua vez, passaram a ser concedidos somente nos casos excepcionais em que o estado subjetivo do causador do dano, aliado a alta censurabilidade de sua conduta, justificasse a fixação do quantum indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Similar trajeto se não reflete, como vimos, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que continuam a conotar aspectos punitivos como imanescentes ou próprios aos danos morais, reforçando-se a tese punitiva que não foi suplantada sequer pela indenizabilidade irrestrita do dano moral pela Constituição de 1988. Ainda hoje coexistem três correntes, em sede tanto doutrinária como jurisprudencial, sobre a função indenizatória do dano moral, quais sejam a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor.

Em suma, partindo da análise comparativa do tema, principalmente entre a tradição anglo-saxã e a brasileira, tomando por premissa que a doutrina interna deixava a margem, considerando a aplicação de forma implícita, os dados antropológicos das diferentes faces culturais de cada país tem muita importância, pois, ainda que vivamos hoje em sociedades complexas, a única forma de se adequar a um instituto existente em outro país de forma fidedigna e concreta é a *mutatis mutandis*, à forma interna.

Tais colocações exprimem o foco dado à matéria e a existência de controvérsias doutrinárias possibilitando um enriquecimento ao debate jurídico e avanço no que diz respeito à responsabilidade civil pátria.

### **3. POSSIBILIDADE DE APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

#### **3.1. LEGALIDADE DOS “PUNITIVE DAMAGES”**

Como já discutido no referido trabalho, no Direito brasileiro há muita discussão a respeito da possibilidade de adoção desse instituto, nos moldes norte-americanos, pelo ordenamento jurídico pátrio e para alguns doutrinadores, a aplicação da Teoria dos “Punitiv Damage”, afronta o art. 5º, V e X, da Constituição Federal que assim expressa:

Art. 5º [...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Para parte da doutrina, esse dispositivo autoriza apenas a indenização de danos morais e materiais, na exata medida da lesão sofrida, não permitindo a indenização punitiva ou exemplar, a qual enseja enriquecimento ilícito da vítima, nos moldes do artigo 884 do Código civil, pelo acréscimo da indenização, que proporciona ao ofendido a percepção de valor vultoso que ultrapassa a normal compensação do dano experimentado.

Nessa linha de raciocínio entende SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

(...)

Quando se fixa a indenização tendo por referência a capacidade financeira do ofensor, há um total desvirtuamento do nosso sistema de responsabilidade civil. Deixa-se de ter em consideração o dano, para se considerar a punição pretendida. Devemos ter em mente, entretanto, que a punição e o exemplo à sociedade, no nosso ordenamento, é privilégio do Direito criminal, não cabendo à jurisprudência criar um sistema civil que não tenha embasamento legal. É princípio consagrado no Direito brasileiro que não há pena sem lei prévia que a estabeleça.

Do mesmo modo interpretando o mesmo dispositivo Constitucional no mesmo entendimento sustenta RODRIGO MENDES DELGADO:

Portanto, o que o dispositivo constitucional permite é que se defira uma indenização, por danos morais ou materiais, podendo ser concedidos ambos, cumulativamente, pois, a Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite essa cumulação. Todavia, em momento algum o permissivo constitucional menciona uma verba a ser concedida a título de danos punitivos, ou danos exemplares, porquanto isso feriria de forma brutal a Carta Republicana de 1988. No Brasil, essa teoria é, destarte, impraticável. Para sua implantação, seria necessário que se elaborasse uma nova Constituição. Caso contrário, qualquer pretensão neste sentido, já nasce fadada à inconstitucionalidade, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional em vigor.

Ademais, consoante já dito, a teoria do valor do desestímulo cria um ilegal sistema híbrido, mesclando o Direito penal e o Direito civil.

Em outro lado desse entendimento, pela aplicabilidade da Teoria dos “Punitive Damage” no Direito brasileiro, é relevante a lição do jurista CARLOS ALBERTO BITTAR:

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-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplar 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 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.

Como exemplo, podemos dizer que o dano moral, à luz da CF vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade". Posteriormente, definindo melhor o alcance do preceituado, esclarece que hoje que o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos os complexos de ordem ética, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial (CAVALIERE FILHO, 2002, p. 85).

Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta, mais uma satisfação do que uma indenização (CAVALIERE FILHO, 2002, p.).

A ideia de satisfação de que o autor traz, seria a possibilidade de se compensar a vítima em caráter punitivo devido a sua natureza imaterial, sem ter como quantificar o seu devido valor, e dependendo da reprovabilidade de tal ato ilícito, o julgador poderá sentenciar o réu de modo a não reincidir na prática de tal fato, utilizando-se assim do instituto do "Punitive Damage".

Como se extrai da Constituição Federal, patente é o direito de indenização pela violação de direitos como a intimidade, a honra, imagem, prejuízos materiais e morais, e nesse sentido, podemos dizer que o legislador deu sinal verde para o livre arbitro para que os julgadores cumpram o seu papel condenatório para punir ofensores da referida Carta Magna em seu art. 5º, V e X.

Em que pese entendimento contrário da Doutrina em respeito a não aplicabilidade do instituto dos "Punitive Damage" necessário se faz a sua aplicação para efeitos exemplares como se faz nos países que utilizam este conceito dando total segurança a quem procura uma tutela jurisdicional.

### 3.2. “MERO ABORRECIMENTO”

No Brasil há um grande clamor social perante o judiciário devido a situações ilícitas causadas por pessoas jurídicas e civis no que tange a responsabilidade contratual, direitos do consumidor, direito ambiental, penal, entre várias outras espécies do direito onde se busca uma reparação.

Porém, não é isso que se encontra de resposta perante o Judiciário. Muitas vezes o tutelado não consegue reaver a compensação sofrida, e além disso o que resta é uma sensação de impunidade, e o que é o pior, sem a efetiva função punitiva para evitar novas práticas.

Muitas vezes diante de situações de reparação, o judiciário ao julgar as mesmas, considera que tal fato nada mais seria do que um “mero aborrecimento” da vida cotidiana, e indefere a reparação por não considerar um dano.

Nesse passo, é importante destacar a explanação da Doutora Márcia Póvoa, que conceitua o “mero aborrecimento” e a inobservância dos requisitos ensejadores das indenizações por danos morais:

O entendimento jurisprudencial pátrio consolidado posiciona-se no sentido de que o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano é o fato contumaz e imperceptível que não atinge a esfera jurídica personalíssima do indivíduo, sendo um fato da vida e, portanto, não repercutindo ou alterando o aspecto psicológico ou emocional de alguém.

Vejamos abaixo o que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no tocante às reparações de danos morais e distinção com mero aborrecimento:

(...) É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz o fendido. (...) (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 01/04/2014, T4 - QUARTA TURMA).

Esse entendimento citado acima, já foi pacífico na corte e considerava que não há indenização de dano moral quando as provas forem insuficientes justificando suas decisões simplesmente no conceito do mero aborrecimento sendo condizente com tais práticas ilegais dando interpretação contrária do que diz o artigo Art. 186 do Código Civil - Lei 10406/02 concomitantemente com o Art. 927 do mesmo diploma legal.

### 3.3. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

Importante destacar nesse trabalho uma forte teoria que em tempos atuais se mostra bem relevante devido á inúmeras situações em que atos ilegais são costumeiramente cometidos por civis e pessoas jurídicas em todas áreas do direito, e mais especificamente na esfera consumerista.

Com efeito, tal teoria se enquadra no que tange a punibilidade do ato, justificando a sanção aplicada de natureza punitiva. Essa teoria chamada de “teoria do desvio produtivo criada e aprimorada pelo Ilustre Advogado Marcos Dessaune.

Esta tese se relaciona mais especificamente com o direito do consumidor, o dano temporal ou existencial, numa melhor definição para o autor, abordando sobre a importância do tempo apesar de não ser tutelado e reconhecido pelas normas legais como bem jurídico como deveria. (DESSAUNE, 2011, p. 50).

Segundo Dessaune, o que se espera em uma relação de consumo é que o fornecedor contribua para a melhoria de vida a partir do seu produto, agradando o consumidor e fazendo ele despende seu tempo nas atividades por ele escolhidas, além de respeitar os direitos e deveres legais desta relação. (DESSAUNE, p. 129, 2011).

Quando isso não ocorre o consumidor tem diversos prejuízos, fica frustrado, perde em valores econômicos e morais, é desrespeitado, além de perder seu tempo para solucionar o problema, ou seja, o que era para ser um investimento vantajoso, acaba por piorar a sua vida.

O Código de Defesa do Consumidor abrange em suas normas uma série de direitos e deveres, porém, fornecedores acabam não respeitando a legislação por má-fé

querendo assim obter vantagem ou mesmo por falta do dever de cuidado, lesionando o consumidor mesmo com a abrangência destas regras em nossa legislação. (DESSAUNE, 2011, p. 46).

Muitas vezes o consumidor se depara com um fornecedor que lhe omite, dificulta ou se recusa a reparar a situação, pedindo para que o próprio consumidor resolva ou assuma o prejuízo, persuadindo-o erroneamente e ilicitamente para arcar com um risco que não é seu, o que estende a situação, e faz o fornecedor ganhar tempo e ser beneficiado economicamente. (DESSAUNE, p. 235 - 237, 2017).

O resultado é que o consumidor tem que desperdiçar o seu tempo e desviar de suas competências (trabalho, estudo, lazer) para resolver questões a qual não deu causa, tempo este que é irrecuperável, nas palavras do próprio doutrinador “o tempo de que cada pessoa dispõe na vida possui características singulares que o tornam um recurso precioso”. (DESSAUNE, 2011, p. 49-50)

A soma de condutas praticadas pelo ofensor e o tempo em que o consumidor necessita para a solução do problema que muitas vezes é bem simples e que não é de sua competência, o faz se desviar de sua atos de sua vida cotidiana, conforme o autor aduz, é denominada Desvio Produtivo do Consumidor.

Dessaune afirma que além da responsabilidade pelos vícios e fatos dos produtos e serviços existe também a responsabilidade pela prática do abuso (qualquer conduta desleal que prejudique o consumidor contrárias aos princípios do Código de defesa do Consumidor aplicadas na mesma regra geral da responsabilidade na relação de consumo. (DESSAUNE, p. 242-244, 2017).

A caracterização do desvio produtivo se inicia na não resolução ou negativa de sanar o problema danoso em prazo legal previsto, questão que ultrapassa o mero dissabor causando um dano que atinge a liberdade, desrespeita os princípios e normas do CDC por despender tempo existencial (que é tutelado pelo rol aberto dos direitos de personalidade) e fazer adiar seus compromissos e atividades, caracterizado em dano emergente e lucro cessante. (DESSAUNE, p.250-251, 2017).

Os critérios da indenização são mensuráveis pelo interesse jurídico lesado (conforme o tempo vital e atividades), na referência ao as circunstancias evento danoso a

intensidade de dolo e grau de culpa, a condição econômica do agente causador do dano. (DESSAUNE, p. 262, 2017).

Lamentável saber que em um sistema cheio de normas como é o ordenamento Brasileiro muitas situações passam despercebidas aos olhos do judiciário e sendo tratadas como mero aborrecimento com resultado inverso do que é buscado, dando um tipo de aval jurídico prejudicial ao bem comum, e como entende o autor, é o que essa tese vem para tentar mudar esse tipo de entendimento.

De acordo com o autor, bem é tudo o que satisfaz a necessidade do homem, como a vida, liberdade, privacidade, integridade física a imagem, (entre outros) e estes como outros bens que merecem proteção legal estão positivados na CF para garantir o bem-estar do cidadão. (DESSAUNE, 2011, p. 36)

Nesse sentido, o tempo existencial é recurso produtivo da pessoa e integra a personalidade e merece a proteção no rol aberto (art. 11 a 21CC) dos direitos de personalidade, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Os artigos que tratam dos direitos da personalidade correspondem as proteções ao corpo, honra, o nome, a imagem e privacidade. Alguns dispositivos legais além de não serem atuais, além de definir sem pensar nas futuras possibilidade. (DESSAUNE, p. 190-193, 2017.)

Nessa linha de raciocínio o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem aderindo de forma crescente a tese do dano temporal, percebe-se a aceitação dos juristas nos argumentos da fundamentação na solução dos casos, como vê-se no julgado abaixo:

Insta, ainda, aplicar analogicamente a tese do Desvio Produtivo do Consumidor, elaborada pelo ilustre advogado MARCOS DESSAUNE, que defende, com razão, que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores, constitui dano indenizável [...] (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: GATTI, Paulo Barcellos. Publicado do DJ de 22-09-2014. (BRASIL, 2014 A).

### 3.4. ANÁLISE CONTEMPORÂNEA JURISPRUDENCIAL

Este acórdão em julgamento de primeiro grau não foi configurado o dano moral, pela falta de comprovação do réu de inscrição do seu nome nos órgãos de proteção de crédito, sendo julgado como um caso de mero dissabor.

Cuida-se de processo de danos morais por execução fiscal indevida com bloqueio indevido de imóvel, levando em consideração que o processo durou 7 anos. Inconformada a ré apelou e o relator concedeu a indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Mas perante a sentença apenas há o reconhecimento a indenização ao dano moral:

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso da autora, de modo a REFORMAR a r. sentença de primeiro grau para JULGAR PROCEDENTE a pretensão inicial, condenando-se a Fazenda Estadual, em virtude do erro administrativo narrado nos autos, ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), nos termos da fundamentação [...](BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: GATTI, Paulo Barcellos. Publicado do DJ de 22-09-2014 (grifo nosso). (BRASIL, 2014 A).

Neste outro acórdão, a sentença do juízo aquo foi majorada para um valor maior do que os R\$ 3.000,00 (três mil reais) inicialmente conferidos à autora referente ao processo de danos morais por inexistência de dívida e cobrança indevida a indenização em segundo grau passou a ser R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

APELAÇÃO INDENIZAÇÃO INEXISTÊNCIA DE DÉBITO FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – COBRANÇA INDEVIDA DANOS MORAIS.1 – A conduta contratual e a frustração em desfavor do consumidor violam elemento integrante da moral humana, constituindo dano (modalidades própria e imprópria) indenizável desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune inteligência dos artigos 186, 188 e 927 do Código Civil. 2 Danos morais majorados para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor suficiente para cumprir as finalidades pretendidas com sua imposição. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: PIZZOTI, Maria Lúcia. Publicado no DJ de 30-09-2015. (grifo nosso) (BRASIL, 2015 B).

A sentença foi majorada pelo relator apenas a título de dano moral, sendo que o mesmo utilizou como adequada a tese do dano temporal para fundamentação, aplicando o dano temporal apenas como uma derivação do dano moral.

Enquanto os juristas utilizarem a tese apenas como uma derivação do dano moral, o dano temporal não será reconhecido como regulamento independente e o fato da desclassificação do dano moral por não lesionar os direitos de personalidade acaba com a possibilidade do dano ao tempo.

No caso abaixo, a autora havia requerido o bloqueio do cartão de crédito por suspeita de clonagem. Fato que gerou cobrança indevida posterior, que foi declarada inexigível perante a sentença de primeiro grau, além da condenação a danos morais em oito mil reais. Foi fundamentada também com a tese de Dessaune, pela perda de tempo da autora ao insistir diversas vezes (por cerca de onze meses) para que não tivesse o nome inscrito nos órgãos de proteção de crédito. Não foi provido o recurso da ré para minorar o valor. O que se nota é que a tese está sendo aceita, mas não possui autonomia própria perante o tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. Cartão de crédito. Efetivação de prévio bloqueio do dispositivo pela consumidora, por suspeita de clonagem. Utilização do cartão no comércio, a despeito das providências adotadas pela autora. Legitimidade passiva da ré configurada. Responsabilidade objetiva e solidária da empresa detentora da bandeira do cartão e da instituição financeira administradora. Hipótese em que, para evitar restrição cadastral a seu nome, viu-se a autora compelida a entrar em contato, por diversas vezes, com a central de atendimento. Situação que extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano ou dissabor por insucesso negocial Recalcitrância injustificada em cancelar os gastos não realizados pela consumidora. Adoção, no caso, da teoria do “Desvio Produtivo do Consumidor”, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aproovessem, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço. Danos morais indenizáveis configurados. Indenização arbitrada e preservada em oito mil reais. Admissibilidade da eventual conversão da obrigação de fazer [cancelamento dos débitos das faturas impugnadas] em perdas e danos (CPC, 633). Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Preliminar repelida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1054248-02.2014.8.26.0100; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito

Privado; Foro Central Cível - 15ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2015; Data de Registro: 17/12/2015). (grifo nosso)

Mais sobre o tema, o próximo julgado refere-se ao vício na prestação do serviço, ao telefonar e questionar o preposto da ré porque ainda estava recebendo cobranças após o cancelamento do pedido de internet móvel, sofreu destrato e humilhação pois recebeu resposta ofensiva e com as palavras “idiota”, “vai procurar algo para fazer”, “beijo na bunda” e tchau, querida”.

TELEFONIA – Vício na prestação do serviço – Atendimento desrespeitoso – Expressões injuriosas – Fato não contestado – Protocolos para obtenção da gravação da ligação não atendidos, mesmo diante da formulação de reclamação perante o Procon – Revelia – Reconhecimento dos respectivos efeitos – Veracidade dos fatos – Danos morais caracterizados – Fatos que extrapolam a normalidade de descumprimento contratual – Indenização devida também pelo desvio produtivo do consumidor. Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação 1001164-40.2016.8.26.0028; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Aparecida - 2ª Vara; Data do Julgamento: 30/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017). (grifo nosso).

[...]

“As expressões utilizadas pelo preposto da apelada são inaceitáveis, nada condizentes com o respeito e com a lealdade que se espera de quem fala em nome daquele com quem se contrata. Evidente a falha no serviço.” (TJSP; Apelação 1001164-40.2016.8.26.0028; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Aparecida - 2ª Vara; Data do Julgamento: 30/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017). (grifo nosso).

Não bastasse os tantos danos materiais que as relações consumeristas vêm causando aos consumidores, eles ainda têm que passar pela situação constrangedora de mal atendimento abordado acima. As empresas, prepostos e as pessoas no seu interior devem evoluir com o passar do tempo, não sendo aceitável esse tipo de comportamento em nenhum momento. Fundamentada pela tese do pelo desvio produtivo e dano moral, foi condenada a ré à indenização a título de danos morais, no montante de cinco mil reais.

O seguinte caso trata-se de débito indevido originado por terceiro. Após várias cobranças e ameaças da negativação do nome nos órgãos de proteção ao crédito, a vítima não teve outra saída a não ser despende seu tempo para se ver livre do problema que não deu causa, gerando a condenação pelo desvio produtivo, mas que na íntegra é dada a títulos de danos morais, em mais um caso de cobrança indevida por inexistência do débito, a indenização além de remediar o prejuízo deve punir o fornecedor pelo mal atendimento, como visto abaixo:

REPARAÇÃO DE DANOS C.C. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COBRANÇAS E AMEAÇAS DE NEGATIVAÇÃO DANO MORAL CONFIGURADO 1 Caso em estudo em que não houve a negativação do nome do consumidor, mas tal somente não ocorreu por sua diligência e providências tomadas depois de reiteradas cobranças e ameaças de negativação por um débito inexigível, contraído por terceiro fraudador. Consumidor que se viu obrigado a ajuizar demanda, não podendo se afirmar que não houve transtorno excessivo e fora da normalidade, não se tratando de mero aborrecimento; 2 Indenização arbitrada em R\$ 5.000,00 para cada um dos autores, suficiente para reparar os danos causados e impingir ao fornecedor o dever de aprimorar a prestação de seus serviços e compensar seu desvio produtivo, não sendo majorada apenas por não haver recurso da parte interessada na majoração. 3 – O tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores constitui dano indenizável, ou seja, a missão dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência e não permanecer por horas a fio em atendimentos de “call center” que nada resolvem e, por vezes, até pioram os problemas. RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1024769-64.2014.8.26.0002. Relator: PIZZOTI, Maria Lúcia. Publicado no DJ de 24-02-2016. (grifo nosso). (BRASIL, 2016);

Em decisões mais recentes, a empresa de telefonia Claro deverá pagar R\$ 40 mil, como indenização por danos morais, a um homem que recebeu mais de 10 ligações de propaganda diárias da companhia, além de R\$ 500 por cada vez que descumprir a ordem. A decisão foi da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo condenou, dia 27 de março de 2019.

Importante salientar que a decisão proferida não faz alusão a nenhum tema relacionado com a Teoria dos “Punitive Damages” ou a do Desvio produtivo, e somente faz alusão ao dano moral, mas é nítida o intuito do julgador em punir severamente diante de tantos fatos reiterados da empresa em questão o que segue:

Ação de obrigação de não fazer cumulada indenização por dano moral. Empresa de telefonia que realizava insistentes telefonemas com oferta de produtos ao consumidor. Celebração de acordo entre as partes perante o PROCON Municipal de Franca visando à abstenção de tal conduta por parte da requerida. Continuidade reiterada da conduta reclamada pelo consumidor, em desrespeito ao acordo firmado perante o órgão administrativo. Sentença de parcial procedência. Irresignação do autor. Apelo que visa a condenação da requerida ao pagamento de compensação por dano moral. Situação descrita que avilta contra a dignidade do autor e da Fundação PROCON/SP. Dano moral configurado. Montante de R\$40.000,00. Majoração do valor da multa para R\$500,00 por cada descumprimento. Determinação de remessa de cópia dos autos para Fundação PROCON/SP e ANATEL. Recurso provido, com determinação. (.22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 2019.0000222025. Relator: CRACKEN, Mac Roberto. BRASIL 2019)

Portanto, diante desse quadro cultural reprovável em que o país vive, destaca-se um notável esforço de grande parte do judiciário no que se refere a sansão imposta ao requerido que pratica atos de ilegalidade contínua, para tentar frear os abusos cometidos de certa forma de que a interpretação da lei seja mais benéfica a quem busca a paz e um bom relacionamento social.

## **CONCLUSÃO**

Diante do que foi exposto nesse trabalho, conclui-se que a responsabilidade civil é um ramo do direito que estuda a interação humana que gera efeito jurídico quando causa um dano a outrem. Neste contexto, tendo em vista as novas perspectivas que as relações humanas e principalmente de consumo tomam no mundo capitalista, globalizado e conectado, surgem novas necessidades de regulação por meio do direito.

Desta forma, a proposta de aplicação do instituto do “punitive damage” cintila como uma solução hábil a conferir a responsabilidade civil atualidade e consonância com a época em que vivemos de forma a impor no ordenamento jurídico o efeito preventivo de determinadas condutas lesivas.

Ademais, visando dar resposta aos contemporâneos e difíceis conflitos sociais, assimilou-se que a adoção e aplicação das três funções da responsabilidade civil (reparar, punir e prevenir) provocaria um redimensionamento da matéria, promovendo o entendimento inovador de reparação destes danos como direito fundamental.

Quanto ao instituto do punitive damages e os seus elementos caracterizadores, assimilou-se quanto a sua nomenclatura que este também é designado de vindictive damages, treble damages, punitive damages, speculative damages, imaginary damages, presumptive damages, added damages, smart Money, observou-se que a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, alicerçado na ideia de conferir caráter de pena à indenização do dano moral em virtude da necessidade de proteção desse princípio e dos direitos da personalidade, enfatizando no ordenamento jurídico a função punitiva da responsabilidade civil e, que a sanção punitiva figura para a sociedade como um símbolo de dignidade e respeito, além de proteção contra abusos de poder, condutas consideradas intoleráveis, humilhantes, vexatórias, agressivas ou violentas.

Identificaram-se como pressupostos da responsabilidade civil para a concretização da função punitiva, a ocorrência do dano imaterial ofensa a direitos de personalidade, culpa grave do ofensor inobservância do dever mínimo de cuidado e obtenção de lucro com o ato ilícito pressuposto que autoriza inclusive a aplicação da função punitiva ainda que independentemente da ocorrência de culpa grave.

Diante disso, entendeu-se que em conformidade e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a teoria do valor do desestímulo incidiu a tutela do direito à vida e à integridade física haja vista que as indenizações judiciais compensatórias não se mostraram satisfatórias para regular os procedimentos de mercado e compelir os agentes a atuarem segundo seu mandamento.

Portanto, a aplicabilidade do instituto dos “punitiv damages” no ordenamento brasileiro se faz necessária diante do grave problema social que vivemos em tempos atuais diante do péssimo exemplo político em que se coloca a moral em poços profundos,

para que as leis existentes sejam efetivamente cumpridas em seu íntegro teor, e para uma boa relação entre os seus tutelados garantindo assim, um total respeito a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Novo Código Civil, lei 10.406/2002, Brasília, DF, Senado Federal, 2002

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006

VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – Os Punitive Damages no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 8ª Ed. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Sávio. Direito Civil Vol. IV: Responsabilidade Civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Vol. Único. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Método, 2012

VENOSA, Sílvio de Sávio. Direito Civil Vol. IV: Responsabilidade Civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista CEJ. vol. 9. Rio Grande do Sul: 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. O caráter desestimulador do dano moral. Estado de Minas, Belo Horizonte, 2012.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOTTA, Carlos Dias. Dano Moral por abalo indevido de crédito. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, J.B. de Souza. As mais antigas normas de direito. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VALOIS, L. C. Lei das XII Tábuas. 2005. Disponível em:<<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>>. Acesso em: 09/mar//2006.

COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DESSAUNE, Marcos. Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado / Marcos Dessaune. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 26, p. 105 – 145, abr. /jun. 2006.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo. N.º 7. Juris Síntese. CD-ROM.

DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral: Como chegar até ele. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Leme: J H Mizuno, 2011

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil –Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: GATTI, Paulo Barcellos. Publicado no DJ de 22-09-2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: PIZZOTI, Maria Lúcia. Publicado no DJ de 30-09-2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: COSTA, João Camillo de Almeida Prado. Publicado no DJ de 14-09-15.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Apelação 1001164 40.2016.8.26.0028; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Aparecida - 2ª Vara; Data do Julgamento: 30/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: PIZZOTI, Maria Lúcia. Publicado no DJ de 24-02-2016

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 27/03/2019, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/03/2019).